تنازع القوانين

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

الدكتور
صلاح الدين جمال الدين
أستاذ مساعد القانون الدولي الخاص
رئيس قسم القانون الخاص
محام ومحكم لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي

الطبعة الثانية
مزيدة ومنقحة

2006

الناشر
دار الفكر الجامعي

٣٠ ش سوتير الازاريطة ـ الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

إسم الكتاب : تنازع القوانين
المؤلف : صلاح الدين جمال الدين
الناشر : دار الفكر الجامعي
٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية - ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)
E.Mail : dar-elfikrelgamie@hotmail.com.

الطبعة : الثانية
سنة الطبع : ٢٠٠٦
رقم الايداع : ٢٥٧٦ / ٢٠٠٦
رقم الدولي : I.S.B.N. 977 - 224 - 456 - X
المطبعة : شركة الجلال للطباعة - العامرية.

بسم الله الرحمن الرحيم

تمر العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى، مثلها فى ذلك مثل العلاقات الوطنية البحتة بمراحل ثلاث : مرحلة التمتع بالحقوق وهى المرحلة التى تتحدد فيها قدرة الفرد على التمتع بحق معين داخل حدود الدولة ، ومرحلة ممارسة الحقوق، وهى المرحلة التى يتم فيها اكتساب الحق ونفاذه ، وأخيرا مرحلة حماية الحقوق ، أى المرحلة التى يتم فيها تحديد محاكم الدولة التى تختص بنظر الدعوى التى يرفعها أحد أطراف العلاقة إذا ما ثار نزاع بشأنها(١) ومدى إمكانية تنفيذ الأحكام التى قد تصدر بشأن حق من هذه الحقوق من محكمة من المحاكم الأجنبية.

وتتصل العلاقة ذات الطابع الدولى بعدة دول عن طريق العناصر المكونة لها . فلو باع مصرى إلى المانى شقته الكائنة فى انجلترا بعقد تم فى مصر فإن العلاقة تكون حينئذ متصلة بكل من مصر والمانيا عن طريق أطرافها كما تكون متصلة ببريطانيا عن طريق محلها وبمصر عن طريق السبب المنشئ لها. وهذه الصلة تكفى لترشيح قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة . وبعبارة أخرى فإن قانون القاضى المطروح عليه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة ، إذ قد تكون العلاقة أكثر ارتباطا بأحد القوانين الأخرى المتصلة بها عن طريق كل عنصر من عناصرها . ولاشك أن استقرار المعاملات ذات الطابع الدولى

---

(١) الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٥، ص ٥١.

واضطرادها لا يتحقق إلا باختيار أنسب القوانين وأكثرها انسجاما مع نوع العلاقة . ومن ثم فانه تتعين المفاضلة بين مختلف القوانين التى تتصل بالعلاقة للاهتداء إلى القانون الأصلح لحكم العلاقة من خلال عملية يقوم بها المشرع أو توكل إلى القاضى عند وجود نقص فى التشريع. وقد استقر الفقهاء على تسمية هذه الظاهرة ، أى ظاهرة المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة ذات الطابع الدولى بظاهرة تنازع القوانين Conflit de lois [(١)] أو عملية اختيار القانون واجب التطبيق[(٢)] أو "تنازع القوانين من حيث المكان" تمييزا لها عن "تنازع القوانين من حيث الزمان" الذى يشير إلى دراسة مشكلة تعاقب القوانين فى الدولة الواحدة.

ولا يتحقق تنازع القوانين إلا بتوافر الظواهر الآتية:

١ - إمكان تطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانونه :

لا تثار مشكلة بشأن البحث عن القانون الأقرب صلة بالعلاقة ، فى حالة ارتباطها بأكثر من نظام قانونى ، إلا إذا كان للقاضى أن يطبق أيا من هذه النظم القانونية. إذ لو لم يكن للقاضى تطبيق قانون من القوانين الأجنبية لكان واجبا عليه الاقتصار على تطبيق القانون الوطنى لدولته دون غيرها .

ومن ثم فلم تظهر فكرة تنازع القوانين إلا بعد وصول الفكر القانونى إلى درجة من التطور تسمح بقبول تطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضى المطروح عليه النزاع .

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٥٢.
(٢) انظر الدكتور احمد مسلم، القانون الدولى الخاص، ط ٢، ١٩٥٥، ص ١٢.

ويرجع الأصل التاريخى لهذه المشكلة إلى الرغبة فى تحديد الدولة التى تختص محاكمها بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى. وكان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذى يحكم العلاقة ، إذ أن محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يطرح عليها من منازعات . ولم يكن من المتصور قيام أى تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا بين المحكمة المختصة والقانون الذى يحكم النزاع ، أى طالما كان القاضى يقتصر على تطبيق قانونه على ما يطرح عليه من منازعات ذات طابع دولى .

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية فى معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى ، وأصبح من الضرورى السماح أحيانا بتطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانون دولته إذ لو تشبثت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات التى تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية ، لقانونها الوطنى أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة ، لأدى ذلك إلى إمكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات وإلى ارتباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية بل والحياة الاجتماعية فى المجتمع الدولى.[1] فلو أخضعنا مثلا زواج فرنسى وهولندية للقانون المصرى دون مراعاة للشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون فى كل من الدولتين فان النظام القانونى الاجنبى الذى سيعيش

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ص ٥٣، ٥٤.

الزوجان فى ظله لن يعترف بهذا الزواج.

٢ - وجود قواعد قانونية متباينة :

تقوم فكرة تنازع القوانين على افتراض تباين القواعد القانونية الموضوعية من دولة إلى أخرى[١]. أى عدم التطابق بين الأحكام الموضوعية للقوانين ذات القابلية لحكم العلاقة محل النزاع[٢]، إذ لو كانت القواعد القانونية متماثلة فى قوانين مختلف الدول المتصلة بالعلاقة لما كان هناك مجال لقيام ظاهرة تنازع القوانين. ذلك أن عدم التطابق هو الذى يشكل لب مشكلة التنازع، وجوهر مهمة قاعدة التنازع، ألا وهو الاختيار أو المفاضلة بين أصلح القوانين وأنسبها للنزاع المعروض[٣].

ورغم اشتراط وجود هذا التباين فإن البعض يذهب إلى وجوب ألا يصل هذا الاختلاف إلى حد التعارض فى ذات الأسس التى تقوم عليها القوانين المختلفة ، وإلا تعذر على المشرع الوطنى السماح بتطبيق القانون الأجنبى ، وتعذر قيام ظاهرة تنازع القوانين. من ذلك مثلا أن محاكم الدول الأوربية ترفض تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لطلاق المسلمين أو بالنسبة لتعدد الزوجات[٤].

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ١٢٦.

(٣) انظر الدكتور فؤاد رياض، الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٧، ص ٨٢؛ والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٤) انظر فى هذا الاتجاه الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٢٠، والدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، ص ٥٥.

والحقيقة أننا نؤيد القول بأن "امتناع محاكم دولة عن تطبيق قانون دولة أخرى ، كما هو الحال فى المثال السابق لا يعنى عدم توافر الشروط اللازمة لقيام تنازع القوانين". ذلك أن "ظاهرة التنازع تتحقق بمجرد ارتباط العلاقة القانونية بالنظام القانونى لدولة غير دولة القاضى. فإذا تبين أن هذا النظام القانونى الاجنبى من الاختلاف بحيث لا يتسنى للقاضى الوطنى تطبيق أحكامه فليس معنى ذلك انتفاء ظاهرة تنازع القوانين بل إن معناه قيام مانع يمنع القاضى من تطبيق القانون الاجنبى بالرغم من أن صلته بالعلاقة محل النزاع كانت ترشحه لحكم هذه العلاقة".[١]

٣ - ظاهرة الحدود :

القاعدة العامة أن قوانين أى بلد هى وحدها التى يعمل بها داخل إقليم ذلك البلد وأنه لا سلطة لقانون بلد آخر داخل إقليم البلد الأول، كما أن من نتائج ذلك أنه ليس لقانون بلد ما أى سلطان خارج حدود ذلك البلد[٢]، ومن ثم يلزم لقيام ظاهرة تنازع القوانين صدور القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة عن سلطات تشريعية فى وحدات قانونية أو أقاليم مختلفة الحدود.

ذلك أن ظاهرة الحدود الإقليمية تعد ركنا أساسيا لقيام تنازع بين القوانين المختلفة ، إذ لو انتمت مختلف القوانين لنفس الوحدة القانونية لما وجد تنازع حقيقى[٣] بين نطاق تطبيق القوانين.

---

(١) انظر رأى استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الاحكام الأجنبية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٦.

(٢) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٢٤، ص ٦٧-٦٩.

(٣) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٦.

فبجواز التنازع الدولى للقوانين يوجد تنازع بين القوانين الداخلية، ومن ذلك:

- التنازع الشخصى بين القوانين فى الدولة الواحدة:

وهو ما يتحقق عندما توجد عدة قوانين ينطبق كل منها على طائفة معينة من الأشخاص، داخل الدولة الواحدة، بالنظر إلى ديانتهم، أو أصلهم وعرقهم(١) أو وظائفهم أو مهنهم. إذ لو أن القوانين المرشحة لحكم العلاقة صادرة عن نفس المشرع لتسرى داخل نطاق نفس الإقليم لكان الاختلاف بين نطاق تطبيق كل منها مسألة داخلية بحتة لتنظيم مجال تطبيق القوانين . مثال ذلك أن يصدر المشرع المصرى عدة قوانين لتنظيم عمل القضاء والمحاماة والشرطة أو أن يصدر تشريع لتنظيم الأحوال الشخصية للمسلمين وآخر لغير المسلمين ، فأن التنازع الذى نراه فى هذه الأحوال لا يخرج عن كونه تنازع داخلى للقوانين بشأن طوائف معينة من الأشخاص تقيم فى ذات الإقليم ومن ثم يمكن أن يطلق عليه اسم التنازع الشخصى ، الذى يخرج بطبيعته من نطاق قانون العلاقات الخاصة الدولية(٢) لانعدام احدى المقومات الأساسية وهى ظاهرة الحدود .

- التنازع الإقليمى بين القوانين الصادرة لتسرى على أجزاء أو ولايات مختلفة داخل الدولة:

خلاف ما يذهب إليه الفقه الأمريكى من إمكانية حدوث

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٣.

(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الطبعة السادسة ، ص ٣٥ ومابعدها.

ظاهرة تنازع القوانين بالنسبة للقوانين التى تصدر عن السلطات التشريعية للولايات المختلفة فإن الرأى الغالب يميل إلى قصر مجال تنازع القوانين على التنازع القائم بين قوانين تنتمى إلى دول مختلفة .

وقد يرجع نفى قيام حالة تنازع القوانين هنا إلى ارتباط ظاهرة تنازع القوانين بمبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى. ذلك أنه عندما يقوم القاضى باختيار أى من التشريعات الطائفية لحكم النزاع فان اختياره ينحصر فى نطاق مكانى واحد، وإن اختلفت الأحكام الموضوعية حسب الطائفة التى يثور بشأنها النزاع.

"وعلى العكس من ذلك فان التنازع بين قوانين صادرة من وحدات إقليمية مختلفة يقتضى مراعاة اعتبارات الملاءمة عند المفاضلة بين قوانين يختلف مجال تطبيق كل منها من حيث المكان، بمعنى أن كلا من هذه القوانين وضع أصلا ليسرى داخل حدود الوحدة القانونية التى صدر عن سلطاتها[(١)] وهو ما قد يؤدى إلى تطبيق القاضى لقانون غير قانونه".

ولكن هل تتأثر ظاهرة تنازع القوانين باعتراف الدولة بغيرها من الدول أو الحكومات ؟

يرى البعض أن تطبيق القاضى الوطنى لقانون دولة أخرى "يتطلب بالضرورة اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة. ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدى

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٧، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٧.

إلى إنكار كل وجود قانوني لهذه الدولة في مواجهة الدولة غير المعترفة[١] وبالتالى فان القوانين الصادرة فى هذه الدولة لن يكون لها أى وجود فى مواجهة دولة القاضى التى لم تعترف دولته بهذه الدولة . ومن ثم لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين تشريع الدولة غير المعترف بها وبين تشريع دولة القاضى.[٢]

إلا أننا ، وخروجا على الفقه التقليدى نؤيد رأيا آخر يفصل بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية، ذلك أن عدم الاعتراف قد يحول دونه اعتبارات سياسية ويعتمد على الظروف والملاءمات الدبلوماسية، ومن ثم فإن عدم الاعتراف بالدولة لا ينزع عن قانونها مكنة الدخول فى تنازع القوانين الدولى لاسيما وأن:

الاعتراف ليس منشئا للشخصية القانونية للدولة وإنما هو عمل ذو أثر كاشف عن الشخصية القانونية للدولة فى المجتمع الدولى، وأن طبيعة دور القاضى فى مجال فض تنازع القوانين تجعل نطاق عمله قاصرا على إعمال قاعدة التنازع فى قانونه واختيار القانون الملائم والأصلح لحكم العلاقة الدولية محل النزاع بصرف النظر عن الاعتبارات السياسية التى منعت دولته من

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٨، والدكتور محمد كمال فهمى، اصول القانون الدولى الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص ٣٤٧ وهما يؤيدان الفقيه الفرنسى:

E. Bartin: Principes de droit international privé, ed. Domat-Mont- Chrestin, T.I., Paris, 1930, Parag. 32.

وكذلك انظر الدكتور عبد العزيز سرحان . مبادىء القانون الدولى ، دار النهضة العربية. ط ١٩٨٠ ص ٤٧٥ ومابعدها .

(٢) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، اصول تنازع القوانين ، ص ٥٢.

الاعتراف بالدولة التي صدر عنها القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد[1].

أما عن مشكلة الاعتراف بالحكومة فقد "ثارت هذه المشكلة أمام محاكم الكثير من الدول على أثر قيام حكومة روسيا السوفيتية فى أعقاب الثورة . فذهب قضاء بعض الدول منها فرنسا فى فترة الثلاثينات وبلجيكا إلى رفض تطبيق القوانين التى أصدرتها حكومة الاتحاد السوفيتى التى لم يكن قد تم بعد الاعتراف بوجودها القانونى. واستقر قضاء البعض الآخر من الدول كألمانيا والنمسا – وفرنسا فى المنازعات التى عرضت حديثا[2] - على أن عدم الاعتراف بحكومة الاتحاد السوفيتى لا يمنع من تطبيق القوانين التى تصدر منها ، تأسيسا على أن هذه القوانين هى المعمول بها فعلا داخل الدولة الروسية أما قضاء الولايات المتحدة الأمريكية فأحكامه متضاربة ، ولو أنها تميل فى غالبيتها إلى السماح بتطبيق قانون الدولة الأجنبية بالرغم من عدم الاعتراف بحكومتها"[3].

ويميل الفقهاء أصحاب الاتجاه التقليدى إلى "عدم إمكان

---

(١) وهذا هو رأى الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١١٩- ١٢٠، وانظر أيضا فى هذا الأثر للاعتراف بالدولة:

J. Verhoeven: La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Paris, Pedone 1975.

(٢) انظر حكم:

Cour de Cass. (1re Ch. Civ.). Stroganoff- Scherbatoff – C.Bensimon et autre, 3 mai 1973, Rev. Crit, 1975, P.426.

(٣) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٩.

تطبيق القانون الصادر باسم الحكومة الأجنبية" إلا أننا نؤيد الاتجاه القائل بأن عدم الاعتراف بحكومة دولة أجنبية ليس من شأنه إنكار كل وجود قانونى لها فى مواجهة الدولة غير المعترفة إذ لا يترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية سوى قطع العلاقات السياسية . أما الأعمال التى تقوم بها الحكومة غير المعترف بها داخل إقليمها فتعتبر من صميم اختصاصها الداخلى ويتعين نفاذها فى مواجهة الدول الأخرى مادامت قد صدرت من حكومة استقرت فى يدها السلطة الفعلية فى الإقليم . وعلى ذلك فيجب ألا يكون لعدم اعتراف دولة القاضى بالحكومة الأجنبية تأثير على إمكان تطبيقه للقوانين الصادرة من هذه الحكومة طالما أن هذه القوانين هى السارية فعلا فى الدولة الأجنبية"(١)، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القاضى لقانون لا وجود له فى الدولة التى صدر فيها.(٢)

وسوف نعرض فى هذا الباب لدراسة النظرية العامة للأسلوب الفنى لفض تنازع القوانين، بما يتضمنه ذلك من بحث فى قاعدة الإسناد ذاتها وبحث فى مضمون القانون الواجب التطبيق وبعض التطبيقات العملية.

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص (تنازع القوانين) ص ٢٢ و ٢٣، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) وهذا الحل الذى أخذت به فعلا محكمة الاستئناف المختلطة المصرية فى حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٣١ (مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٣ ص ٢٨٣) حيث قضت بأن القانون الروسى القديم هو الواجب التطبيق فى قسمة تركة روسى توفى فى مصر تأسيسا على عدم اعتراف مصر بحكومة روسيا السوفيتية.

الباب الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين

الفصل الأول
فكرة تنازع القوانين فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يهتم علم تنازع القوانين بدراسة القواعد القانونية التى تنظم ممارسة الحقوق فى العلاقات الخاصة الدولية، ورغم الحداثة النسبية لهذا العلم إلا أن ظاهرة التنازع ليست بالظاهرة الحديثة، فقد وجدت ظاهرة التنازع مع اتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تفترضها الطبيعة الإنسانية، إذ لم يقف الرومان فى الإمبراطورية الرومانية ولا المسلمون فى عصور الخلافة الإسلامية عند حد المعاملات المحلية مع مواطنيهم . وإنما تجاوزت معاملاتهم حدود دولهم فأقاموا مبادلات مع شعوب أخرى من أقاليم أو ديانات مختلفة ، فنشأ عن ذلك علاقات جديدة ذات عنصر أجنبى، وهى نواة كل تنازع .

إلا أن هذا التنازع وإن عرفته نظم القانون الرومانى والشريعة الإسلامية كظاهرة إلا أنه لم يظهر كنظرية لها مقوماتها. فالحلول التى كانت تعطى للمنازعات التى تنشأ عن تلك العلاقات ذات الطابع الأجنبى كانت حلولا موضوعية مستمدة من قانون موضوع مسبقاً للتطبيق على هذه الحالات ، دون النظر إلى قواعد خاصة لحل هذا التنازع .

فالرومان عرفوا نوعين من القوانين والقضاء ؛ يختص كل منها بفرع محدد من العلاقات :

فالقانون المدنى الرومانى يختص بحكم علاقات الرومان بعضهم ببعض ويختص بتطبيقه القضاء الرومانى العادى أما

علاقات الرومان بالأجانب أى العلاقات المختلطة ، فكان ينظمها قانون آخر هو قانون الشعوب المستمد من مبادئ العدالة والمبادئ المهيمنة على مختلف النظم القانونية دون التقيد بالشكليات التى تميز بها القانون الرومانى . وكان يختص بتطبيقه قضاء الأجانب المسمى Praetor peregrinis . ومن ثم يظهر واضحاً التلازم التام بين المحكمة والقانون.

فقضاء الرومان يطبق القانون المدنى ، وقضاء الأجانب يطبق قانون الشعوب، مما ينفى كل وجود لنظرية التنازع بانتفاء عملية الاختيار والمفاضلة بين أكثر من نظام قانونى .

ورغبة فى تشجيع التجارة وتنمية العلاقات بين أفراد المدن الايطالية المختلفة أثيرت مشكلة تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى بين رجال الفقه والقضاء فى القرن الثالث عشر حيث ظهر اتجاه عرف بعد ذلك "بالنظرية الايطالية القديمة" أو "مدرسة المحشين" Ecole des Glossateurs أشارة إلى الحواشى الكثيرة التى أضافوها إلى نصوص القانون الرومانى القديم[١] التى اتجه أصحابها إلى تجاهل مبدأ إقليمية القوانين واتبعوا طريقة إعطاء حلول لكل مسألة على حدة دون وضع نظام كامل. ومن ثم فلم يتقيدوا مقدما بمبدأ موضوع، بل تأثروا بظروف كل حالة من حالات التنازع.

من أهم الأمثلة على ذلك اعتبار أن القانون الواجب التطبيق

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٩٧، ولمزيد من التفصيلات عن هذا الجانب التاريخى انظر:

A. Lainé : introduction au droit international Privé, Paris, T.I, 1888, P. 112-114.

على العقد هو قانون المكان الذى تم فيه إبرام العقد دون الاعتداد بقانون القاضى المطروح عليه النزاع نظرا لسهولة تعرف جميع أطراف العلاقة على أحكام قانون مكان العقد من الناحية العملية . ومن أمثلة ذلك أيضا إخضاع المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم لقانون المدينة المتوطنين بها دون الاعتداد بقانون القاضى أو بقانون المدينة التى انتقلوا إليها. ذلك أن تغير القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية وهى لصيقة بالفرد ووثيقة الصلة بحياته، وفقا للمكان الذى ينتقل إليه الفرد أو المكان الذى تثور أمامه المنازعة من شأنه المساس بحياة الفرد مما قد يؤدى به إلى الامتناع عن الانتقال خارج موطنه وهذا من شأنه الأضرار بالتعامل بين الأفراد التابعين لمختلف المدن(١).

وقد أعقب هذه المدرسة مدرسة أخرى أطلق عليها خلفاء المحشين Post-glossaturs توسعوا فى وضع التفريعات وتأصيل عملهم على نحو علمى أكثر من سابقيهم وكان من أهم فقهاء هذه المدرسة الفقيه بارتول Bartole الذى اهتم ببحث مسألتين مهمتين تمثلان لب تنازع القوانين هما:

قابلية الأحوال (القوانين) المحلية للتطبيق على علاقات الأجانب، وقابلية الأحوال (القوانين) المحلية للتطبيق على علاقات المواطنين أو الرعايا أثناء تواجدهم فى الخارج(٢).

وكان لأفكاره تأثير كبير حيث استقر منذ ذلك الحين وجوب

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٥.
(٢) انظر فى تفصيلات ذلك :
Pillet: principes de droit international privé, Paris, ed. 1903.
والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٩٦ - ٢٠٠.

حل المنازعات ذات الطابع الدولى عن طريق اختيار قانون معين من بين القوانين المتصلة بالمنازعات تستمد منه الأحكام الموضوعية التى ستحسم النزاع دون نظر إلى كون هذا القانون هو قانون القاضى المطروح عليه النزاع أم قانون دولة أجنبية.

وقد تطورت هذه الأفكار على يد الفقيه الفرنسى Ch.Dumoulin الذى كان أول من أدخل عنصر الإرادة لمعرفة القانون الذى يحكم العقد[١].

إلا أن هذا المنهج لم يستمر طويلا إذ ظهرت بعد ذلك مدارس أخرى اتبعت مناهج مختلفة لتحديد مدى السماح للقاضى الوطنى بتطبيق قانون غير قانونه:

أولا: وضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقة :

ويتلخص هذا الأسلوب فى وضع مبدأ عام محدد مسبقاً لتخضع له العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى .

وقد يستمد هذا المبدأ من أشخاص العلاقة أو مكان نشأته فيسمى المبدأ بمبدأ إقليمية القوانين أو مبدأ شخصية القوانين حسب مصدره . وسوف نعرض لكل من هذين المبدأين لنرى مدى الاختلاف فى مجال تطبيق القانون الأجنبى على العلاقة باختلاف المبدأ المتبع .

١ - مبدأ إقليمية القوانين : (فقه دار جنترية)

ظهر فى فرنسا الفقيه دارجنتريه D'Argentre ذو النزعة

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٠٥، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٠٣-٢٠٤، هامش ٦٣.

الإقطاعية لينادى باختيار القانون على أساس فكرة الإقليمية. ونقطة البداية عنده هى أن الأحوال (القوانين) لا تمتد فى الأصل خارج الإقليم لأن واضعها نفسه لا يتمتع بالسيادة خارج إقليمه[١]. وقد قسم هذا الفقيه النظم القانونية بالنظر إلى طبيعتها إلى قسمين رئيسيين : نظم عينية ، وهى الأساس والقاعدة الغالبة ، ونظم شخصية وهى محدودة التطبيق .

النظم العينية هى التى يكون موضوعها عينيا يتصل بالأشياء والنظم الشخصية ، وهى التى يكون موضوعها ذاتيا ، مختصا بذات الشخص أو حالته .

وقد قسم دارجنتريه فكرة الإقليمية إلى إقليمية مطلقة وإقليمية نسبية، حيث تقضى الأولى بتطبيق القاضى الذى يعرض عليه النزاع لقانونه المحلى أيا كان موضوع النزاع أو أطرافه أو مكان إنشائه. ولاشك فى أن هذه الصورة من الإقليمية لا تسمح بأى مجال لظهور فكرة تنازع القوانين . هذا بينما تقضى الإقليمية النسبية بأن الأصل هو الاختصاص الاقليمى الا أن هناك مجال وإن كان ضيقا للسماح بتطبيق قانون غير قانون القاضى الذى ينظر النزاع .

وواضح أن الإقليمية النسبية أكثر مرونة من الإقليمية المطلقة ، وأنه فى ظل الإقليمية النسبية يمكن أن تظهر ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها الفنى .

وخلاصة ذلك أن دراجنتريه ذهب إلى أن الأصل هو إقليمية

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٠٨.

القوانين ألا أنها إقليمية نسبية تسمح وفى نطاق ضيق بالآخذ بنظام شخصية القوانين ، بحيث يمكن تطبيق قانون أجنبى فى إقليم القاضى الوطنى. ولا زال لهذه النظرية بعض الآثار التطبيقية فى بعض الدول مثل هولندا وبريطانيا[١].

٢ - مبدأ شخصية القوانين : (فقه مانشينى):

وينطلق هذا الفقيه صاحب النظرية الايطالية الحديثة أو نظرية شخصية القوانين من مبدأ أساسى هو إخضاع الأشخاص إلى قانون جنسيتهم[٢]. ويستند فى ذلك إلى أن المشرع لا يصدر القوانين بالنظر إلى الإقليم وإنما بالنظر إلى الأشخاص المكونين للدولة مراعيا ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وإلى أن سيادة الدولة الشخصية على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج أوسع نطاقا من سيادتها على إقليمها ومؤدى ذلك ضرورة امتداد قوانينها لتحكم أفراد شعبها أينما كانوا، ومن ثم يكون من الأولى أن يطبق على كل شخص قانون الدولة التى ينتمى إليها فى أى مكان يتواجد فيه ولو خارج حدود دولته . فالقوانين لم توجد ألا لمصلحة الإنسان ولتنظيم علاقته بغيره من بنى جنسه . ومن حق الإنسان أن يطالب باحترام قوانينه الوطنية الخاصة لا بناء على فكرة المجاملة ولا على فكرة تحقيق العدالة. وإنما باعتبار ذلك الوضع الطبيعى للأشياء.

وقد لاقت هذه النظرية انتشارا واسعا فى دول القارة الأوربية وكذلك فى الدول العربية .

---

(١) انظر:
J. Valéry: Manuel de droit international privé, Paris, 1914, P. 27.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٤٠.

ومن أهم آثارها فى الوقت الحالى تطبيق قانون الجنسية فى بعض المسائل القانونية بدلا من قانون الموطن على ما سوف نراه تفصيلا فيما بعد(١).

والملاحظ أن فقه مانشينى ، وإن اختلف فى أساس نظرته عن فقه دارجنتريه إلا أنهما يلتقيان "فى الطريقة المتبعة لاختيار القانون الذى يحكم العلاقة. فكلاهما يصدر عن فكرة مسبقة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق".

ثانيا : تحليل العلاقة القانونية لمعرفة أكثر القوانين اتصالا بها :

ظهر هذا الأسلوب فى المدرسة الايطالية القديمة واتبعه الفقيه الالمانى سافينى Savigny الذى "رأى مبدئيا وجوب اجتناب وضع قواعد عامة يكون الغرض التقيد بها مقدماً وتطبيقها بوجه عام ومطلق ولذلك فهو يرى أنه كلما عرضت على القاضى قضية حصل التنازع فيها بين قوانين مدنية فيكون من واجبه أولا أن يحلل طبيعة العمل القانونى الذى تسبب عنه النزاع تحليلا دقيقا . ومتى تحددت هذه الطبيعة فيجب عليه ثانيا أن يبحث فيما هو القانون الذى يكون أكثر موافقة أو ملاءمة للموضوع، أو بتعبير آخر يبحث لكل صلة من الصلات القانونية أى لكل نقطة من النقط المتعددة فى القضية ، عن القانون الذى يناسب طبيعتها أو القانون الذى تخضع إليه تلك النقطة ، أو بمعنى آخر عليه أن يكتشف لكل علاقة قانونية القانون الذى ترتكز عليه أو الذى يحكمها بحسب طبيعتها الخاصة .

فمتى انكشف له ذلك القانون فإنه يطبقه على العلاقة

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٦٧.

المذكورة ولو كان ذلك القانون من صنع مشرع أجنبى ، وذلك لأنه يرى أن الدول تعيش فى هذه الأيام فى اتصال مستمر كأنها مجتمع واحد تسود فيه التجارة والصلات القانونية الأخرى وأن النتيجة الطبيعية لهذه الحالة ليس التنابذ بالسيادة الإقليمية وإنما هو الإقرار الودى - المبنى على المقتضيات الطبيعية والبعيد عن فكرة التحكم - للنظم القانونية السائدة فى البلاد الأخرى فيما يتعلق بالصلات القانونية التى تكون بطبيعتها ملحقة أو متصلة بهذه النظم".(١)

وقد استبعد سافينى فكرة المجاملة كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية واعتبر أن مقتضيات العدالة وحدها هى التى توجب تطبيق هذه التشريعات، معتمدا فى ذلك على أن هناك اشتراكا قانونيا بين كل الشعوب اللاتينية يقتضى وحدة مفهوم فكرة العدالة عند الدول التى كانت تطبق القانون الرومانى. وواضح أن الطريقة التى اتبعها "سافينى" جاءت مخالفة لكل طرائق السابقين له، إذ بينما سار سابقيه على طريقة مؤداها بحث القانون نفسه لمعرفة ما إذا كان ينطبق فقط داخل الإقليم على كل الموجودين فيه، أو يتبع بعض الأشخاص فى الخارج، أى تحديد نطاق تطبيق القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبى، فقد قلب سافينى وضع الأمور وسار على طريقة مؤداها البحث أولا عن طبيعة العلاقة القانونية لمعرفة إلى أى قانون من القوانين المتزاحمة تخضع هذه العلاقة، وبعبارة أخرى فقد أقام نظريته على أساس من محاولة معرفة كيفية إسناد العلاقات القانونية إلى القواعد القانونية التى يجب أن

---

(١) الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٢٤٠- ٢٤١، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٣٤ ومابعدها، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٢٢ ومابعدها.

تحكمها بحيث تسند إلى القانون الأكثر موافقة لطبيعتها(١).

ويتبين من هذا العرض أن الأسلوب الأخير أقدر على الوصول إلى حلول عادلة لتنازع القوانين نظرا لقيامه على معايير منضبطة تكفل ربط كل علاقة بالنظام القانونى الذى يتبين أنها أكثر اتصالا به. وقد جرت التشريعات الحديثة على أتباع هذا الأسلوب الأخير بصفة عامة فى تحديدها لقواعد الإسناد كما سنرى عند دراستنا لقواعد الإسناد الوضعية.

وقد ظهر فى الأونة الأخيرة اتجاه واضح فى المجتمع الدولى نحو منع قيام ظاهرة التنازع من أساسها بالنسبة لبعض أنواع العلاقات ذات الطابع الدولى وذلك فى مجال المعاملات الدولية التى تمس كيان المجتمع الدولى من الناحية الاقتصادية .

فقد لجأت الكثير من الدول حديثا إلى عقد اتفاقات دولية تتضمن قواعد موضوعية مشتركة تحكم فئات معينة من العلاقات ذات الطابع الدولى وتكون هذه القواعد ملزمة للقضاء الداخلى فى هذه الدول . ومن أهم الأمثلة على ذلك الاتفاقات الدولية فى مجال النقل الدولى وكذلك اتفاقية لاهاى الحديثة فى أغسطس ١٩٦١ بشأن وضع قانون موحد لعقد البيع الدولى للمنقولات المادية ، والاتفاقية المبرمة بين دول شرق أوروبا فى يناير عام ١٩٥٨ والمعروفة باسم "الشروط العامة لتسليم السلع التجارية". واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولى(٢).

---

(١) انظر: Valery: op. cit , P. 360.
والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٢) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٧٠.

تنازع القوانين فى فقه الشريعة الإسلامية:

عرفت الشريعة الإسلامية نوعين من القواعد القانونية :

القواعد الشرعية التى تطبق فى إقليم الدولة على المسلمين وغير المسلمين إلا فيما يمس العقيدة .

والقواعد الموضوعية التى نظمت العلاقات ذات العنصر الاجنبى، وهى أحكام خاصة لا يعمل بها نتيجة لإسناد العلاقة إلى شرائع الدول غير الإسلامية ، وإنما نتيجة لاقتباس أحكام هذه الشرائع فى حدود واسعة من التسامح .[1]

وهو نفس المنهج الذى اتبعه المشرع الرومانى عندما وضع قانون الشعوب ، وإن اختلفا فى الأساس والطبيعة :

فأساس التقسيم الذى اعتمده القانون الرومانى كان متخذا من المفهوم السياسى الرومانى الذى مؤداه أن كل ما هو خارج السيادة الرومانية لا يمكن أن يشكل مجموعة سياسية أو وجوداً قانونيا معترفا به. أما التقسيم الذى اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية فيستند إلى مفهوم دينى للدولة: فكل ما هو خارج الإقليم الذى يسوده المسلمين يعتبر خارج عن الدولة السلامية ، ولا يمكن القبول بتطبيق القوانين الوضعية السائدة فى هذه الأقاليم فى الإقليم الذى يحكمه المسلمون.

وعلى خلاف نظرة الرومان إلى غيرهم ، نظر المسلمون إلى الأقاليم التى يحكمها غيرهم على أنها كيانات سياسية معترف

---

(١) انظر المؤلف القيم لأستاذنا الدكتور احمد عبد الكريم ، مبادى القانون الدولى الخاص المقارن بالشريعة الإسلامية . دار النهضة ١٩٨٧ .

بها ولها قوانينها الخاصة ، إلا أن النزاع الكامن بين هذه الكيانات والدولة الإسلامية ، وإن لم يكن يظهر فعليا ، الا فى فترات متباعدة ، كان يمنع كل تصور لتنازع القوانين أو مفاضلة بين قوانين هذه الأقاليم والشريعة الإسلامية .

أما عن الاختلاف فى الطبيعة : فقد كان القانون الرومانى قانون شخصى يميز بين الأشخاص فى التطبيق . أما الشريعة الإسلامية فلم تكن تقيم تمييزا على الأساس الشخصى ، بل على الأساس الإقليمى. فلم تكن تقبل تطبيق قواعد قانون آخر إلا فى الحدود التى تسمح هى بتطبيقها ، كالسماح لغير المسلمين بتطبيق شرائعهم الملية وعاداتهم الشخصية والخاصة بطوائفهم داخل الإقليم الذى يسوده الإسلام من خلال النظام القضائى القائم .

وقد انقسم الفقهاء فى الإجابة على ما إذا كان يمكن تصور وجود تنازع بين القوانين الأجنبية والشريعة الإسلامية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم وجود تنازع بين القوانين الأجنبية والشريعة الإسلامية:

إذ قسم الفقهاء المسلمين العالم إلى دارين أو دولتين دار الإسلام (الدولة الإسلامية) ودار الحرب (الدولة أو الدول الأجنبية) بصرف النظر عن وجود حرب أو سلام بينهما. وكان على القاضى فى الدولة الإسلامية أن يطبق الشريعة الإسلامية على جميع المقيمين فيها تطبيقاً إقليمياً فى كل نزاع يرفع إليه[1] إعمالا

---

(١) انظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ ومابعدها ، والدكتور على الزينى ، القانون الدولى الخاص المصرى والمقارن، الجزء الأول،

لتفسير قول الحق سبحانه "وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ...... وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم"[١]. حيث يتبين من صريح العبارة فى الآيتين ومن سياقهما مع ما قبلهما من الآيات ومن أسباب نزولها أن المراد بالحكم "بما أنزل الله" هو الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها[٢].

فليس معنى ذلك أنه كان يطبق أحكاما واحدة فى جميع المنازعات سواء أكانت إسلامية خالصة أم كانت ذات عنصر أجنبى، وإنما معناه أنه لم يكن يرجع مطلقاً إلى نظام قانونى أجنبى ليستمد منه مباشرة الحكم القانونى، بل كان يرجع فى ذلك إلى أحكام فى الفقه الإسلامى خاصة بحكم هذه العلاقات حكما مباشراً، ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمداً أصلا من النظم القانونية غير الإسلامية أو متأثراً بها فى الحدود التى تقرها الشريعة الإسلامية، إلا أنها أحكام مندمجة فى الفقه الإسلامى ، تعتبر جزءاً منه ، وهى أحكام موضوعية محددة، تحكم مباشرة العلاقات القانونية ، ولا تتأثر بصفة آلية بما قد يطرأ على أصلها التاريخى من تغيير[٣].

طبعة ١٩٢٨، ص ١٧٨-١٨٢ ، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ١٦٩- ١٧٢ ، والدكتور احمد مسلم، المرجع السابق ص ٤٤-٤٥ وهامش ١ ص ٤٤.

(١) سورة المائدة الآيتان ٤٨ – ٤٩ ، انظر في تفسير هاتين الآيتين تفسير المنار للإمام محمد عبده ، الجزء السادس ، ص ٤١٠ ، وتفسير مفاتيح الغيب للإمام فخر الدين الرازى ، الجزء الثالث ص ٤٠٩ ، وتفسير الطبرى ، الجزء الخامس والسادس ،ص ١٧١ ومابعدها.

(٢) انظر تفسير المنار للإمام محمد عبده، ص ٤١٤- ٤١٥.

(٣) انظر الدكتور احمد مسلم ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٥٧.

ومن ثم يمكن القول – بلغة قانون العلاقات الخاصة الدولية – بأن قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبى – على النحو الذى عرفته الشريعة الإسلامية – كان موضوعياً لا اسناديا. بمعنى أنه استخدم أسلوب القواعد الموضوعية المادية لا أسلوب قواعد الإسناد.

وعلى ذلك يجب على القاضى المسلم أن يجرى حكم الشرع فى كل دعوى رفعت إليه وكان من الواجب عليه أن يحكم فيها أو قبل ذلك، بصرف النظر عن ديانة الخصوم أو جنسيتهم. أى سواء أكانوا مسلمين أم ذميين أم حربيين مستأمنين وبصرف النظر عن موضوع الدعوى أى سواء أكان بيعا أو نكاحاً أم غيرهما من حقوق الله أو حقوق العباد(١).

ويستخلص أصحاب هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية قد أخذت من هذه الناحية بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه مما يحول دون ظهور قواعد الإسناد لأن القاضى الوطنى لا يطبق قانوناً غير قانونه.

ولا يغير من هذا أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ شخصية القوانين حين أباحت لغير المسلمين فيما بينهم

---

(١) الدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ، وهذا هو مذهب كل من المالكية والشافعية والأحناف . مع خلاف فى بعض المسائل ، انظر الشيخ محمد بخيت ، إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة، ص ٢٠- ٢١ . وهذا الحكم قاصر على غير المسلمين الموجودين فى دار الإسلام أما الموجودون خارجها . فلا ولاية عليهم فضلا عن عدم إمكان تنفيذ أحكام الإسلام فى غير دار الإسلام . انظر الدكتور على الزينى ، المرجع السابق ص ١٨١، ، انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ١٧٠، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩، ص ٤٧، والدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٨٣.

أن يحتكموا إلى حكم من ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات والعبادات وبعض المعاملات، إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون تنازعاً داخلياً للقوانين. كما لا يؤثر على ذلك قول بعض الفقهاء(١) بوجوب امتداد حكم الشريعة الإسلامية إلى المسلمين الذين يذهبون إلى دار الحرب تطبيقاً للمبدأ السابق. فالوسيلة الفنية التى اتبعها الفقه الإسلامى لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى تختلف عن الوسيلة الفنية التى يتبعها التشريع والفقه الحديث والتى يطلق عليها تنازع القوانين: فبينما يحكم التشريع والفقه الحديث هذه العلاقات بقواعد ذات صياغة اسنادية، تقتضى الرجوع مباشرة إلى قوانين أجنبية ومسايرة هذه القوانين، يحكمها الفقه الإسلامى بقواعد ذات صياغة موضوعية ، وإن كانت مستمدة أو متأثرة بالقوانين الأجنبية(٢).

الاتجاه الثانى: احتمال وجود التنازع بين القوانين الأجنبية والشريعة الإسلامية:

لم يلق الاتجاه السابق استحسان جانب من الفقهاء حيث يتبين من استعراض وجهة نظر الإمام أبى حنيفة ، أنه إذا ترافع إلى القاضى المسلم مدع غير مسلم فإنه يختص بنظر الدعوى إلا أنه لا

---

(١) أبو يوسف ، انظر لمجموعة من الفقهاء المؤلف المشهور بالفتاوى الهندية ، الجزء الثالث ص ٢٥٣، انظر مؤلفنا فى الضوابط الشخصية للاختصاص القضائى ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٠ .

(٢) الدكتور أحمد مسلم، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨. وانظر أيضا الدكتور عنايت عبد الحميد، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، بند ٣٤، ص ٤٦.

يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، بل يطبق أحكام ديانة الطرفين[١]. وهو ما يستفاد منه وجود قواعد للإسناد تسمح باستبعاد قانون القاضى – الشريعة الإسلامية – وتطبيق قانون آخر ، لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك.

كما يستند هذا الاتجاه إلى قولهم بأن للقاضى فى الدولة الإسلامية تطبيق قوانين أخرى غير الشريعة الإسلامية لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك. وإزاء ذلك يمكن تصور حدوث تعارض بين القانون أو التشريع الأجنبى والأحكام الكلية التى تتضمنها الشريعة الإسلامية مما يستوجب إعمال الدفع بالنظام العام.

ويساند ذلك أن بعض الفقهاء قد عارض تفسير آيات سورة المائدة على النحو الذى يمنع القاضى من تطبيق أى قانون أجنبى ويرى هؤلاء أنه يمكن تفسير المراد "بالحكم بما أنزل الله" بأنه الحكم بالعدل وأن من العدل أن يحكم بين غير المسلمين وعلى وجه الخصوص الأجانب بما ألفوه من الأحكام أو العادات أو القوانين لاسيما إذا كان من وراء الحكم بتلك القوانين ضمان لبقاء الحقوق المكتسبة بحسبها ووصولها إلى أربابها .

وسندهم فى هذا أن الآيات فى القرآن كثيرة بخصوص

---

(١) فعند الإمام كل زواج فسد بين المسلمين لفقد شرطه أو لحرمة محله ، وكان صحيحا عند غير المسلمين اعتبر كذلك . ويخالفه فى ذلك الصاحبان ، ولكنهما يتفقان معه فى النكاح بغير شهود. انظر السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف، طبعة ١٩٧٧، ص ٩٣، وفى عرض المسألة الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧١.

الحكم بالعدل . ومنها قول الحق سبحانه "أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" و"أحكم بينهم بالقسط" "واقسطوا إن الله يحب المقسطين""ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى". والحكم بالعدل إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه.

ومن ثم أثاروا التساؤل : أليس الحكم بين أجنبيين بالقانون الذى تقرر الحق بينهما بناء عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه؟ وأليس فى الحكم بينهما بحكم الشريعة الإسلامية وهما لم ينظرا إليها وقت إنشاء الحق ولم يعتمدا فى إيجاده عليها احتمال تضييعه؟

كما استند هذا الاتجاه إلى الفتوى بشأن أمر الحكم بالقوانين الانكليزية فى الهند ، حيث انتهى الرأى إلى أنه وإن كان غير جائز شرعاً إلا أن هناك رخصة فى تطبيقه بشرط ألا يكون ضاراً بالمسلمين(١). وفى ذلك ما يسمح بتأويل الآية على النحو المشار إليه بعاليه(٢).

---

(١) انظر تفسير المنار ، المرجع السابق، ص ٤٠٣ – ٤٠٦.

(٢) انظر الدكتور على الزينى، المرجع السابق، ص ١٨٧، وفى تأييد وجهة نظره الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص ٥١- ٥٢.

الفصل الثانى

تطبيق قاعدة الإسناد

قد يُخضع المشرع العلاقات ذات العنصر الأجنبى لمجموعة من القواعد الموضوعية التى يلتزم القاضى الوطنى بتطبيقها ، إلا أن ذلك لا يتم إلا على سبيل الاستثناء من القاعدة التى صار المشرع يأخذ بها فى الدول الحديثة ، والتى مؤداها وجوب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة من خلال تطبيق قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية يطلق عليها قواعد الإسناد(١).

وقبل أن يصل القاضى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ، يلزم أن يتعرف على قاعدة الإسناد المناسبة للنزاع المعروض أمامه. ذلك أن قواعد الإسناد لم توضع لحكم كل علاقة على حدة، وإنما وضعت كل قاعدة لحكم طوائف معينة من العلاقات ، الأمر الذى يلزم معه وصف العلاقة المعروضة على القاضى وفقا لقواعد التكييف أو الوصف القانونى فى قانون معين حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التى خصها المشرع بقاعدة إسناد .

وتلك هى المسائل التى سنعرض لها على التفصيل الآتى :

---

(١) تسمى قواعد القانون الدولى الخاص الموجودة فى أى تشريع، قواعد الربط أو الإسناد regles de rattachement لأنها تربط واقعة معينة أو عملا قانونيا ما بقانون مخصوص فتجعلها خاضعة إليه وكان أول من استخدم هذا المصطلح هو القاضى بيير أرمانجون انظر مقاله:

Arminjon: Le domaine du droit international privé. Clunet, no 49, 1922, P. 905.

وانظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٥٨.

المبحث الأول : قاعدة الإسناد .

المبحث الثانى : تطبيق القاضى لقاعدة الإسناد .

المبحث الأول

قاعـــدة الإسناد

المطلب الأول

الخصائص المميزة لقاعدة الإسناد

يفتقد المجتمع الدولى وجود السلطة العالمية التى يمكن أن تعمل على توزيع تنظيم المسائل المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة ، أو تعمل على وضع قواعد موحدة تسرى داخل تلك النظم . وبالتالى لم يكن غريبا أن تقتسم مجموع الدول تلك السلطة ، فتستأثر كل دولة بالتشريع ووضع القواعد التى تكفل التنظيم السليم ، سواء أكان ذلك بالنسبة للمنازعات الوطنية البحتة أم بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الدولى . ويغلب أن يستخدم المشرع الوطنى فى كل دولة مجموعة من القواعد القانونية الوضعية، يطلق عليها اسم قواعد الإسناد، لحل مشكلة تزاحم القوانين بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الأجنبى .

وقاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة قانونية توصف بكل ما توصف به القاعدة القانونية من حيث:

- التجريد والحياد حيث تؤدى وظيفتها فى الاختيار بين القوانين بطريقة مجردة بالنظر إلى أن كل القوانين تتساوى أمام مشرع قاعدة الإسناد الذى لا يشغله سوى الوصول للقانون الأقرب

صلة بالعلاقة. ومن ثم يضع قاعدة محايدة أو موضوعية تبحث عن الرابطة الجدية بين العلاقة والقانون دون مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة التى تعرض للفصل فيها..

- ومن حيث أنها قاعدة ملزمة، على الرأى الراجح(١) ووفقا للاتجاه الحديث فى التشريع(٢).

كما أنها تتميز بثلاث خصائص خاصة تضفى عليها طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية هى :

١ - قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية غير مباشرة :

قاعدة الإسناد هى قاعدة لاختيار القانون الأقرب صلة. ومقتضى الصفة غير المباشرة لقاعدة الإسناد ، أنها لا تعطى بذاتها ولمجرد الرجوع إليها وتطبيقها حلا موضوعيا للنزاع. فهى ترشد فقط إلى القانون الذى يعطى الحل النهائى والموضوعى للمسألة المثارة حول العلاقة ذات الطابع الدولى . والتحليل القانونى السليم

---

(١) يذهب قضاء النقض فى فرنسا إلى أن تطبيق قاعدة الإسناد ليس مما يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ولو بإثبات اختلاف القانون الأجنبى الواجب التطبيق عن القانون الفرنسى أنظر :

Cass. (Ch. Civ., 1re sect.). Bisbal, 12 mai 1959, Rev. Crit. 1960, 62 note Batiffol.

Cass 12 mai 1959, Compagnie algerienne de credit et de Banque C. chemouny.

Cass. 2 mars 1960 Dane Bertoncini C. Bertoncini), Rev. Crit., 1960, 97, note Batiffol.

وانظر فى عرض هذه المشكلة فى الفقه العربى الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦ - ٧٩.

(٢) انظر المادة ٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى الصادرة فى عام ١٩٧٩ ، والمادة ١/٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص التركى الصادرة عام ١٩٨٢.

لقاعدة الإسناد يؤكد صفتها غير المباشرة . فوظيفة القاعدة القانونية الموضوعية العادية هى إعطاء مركز واقعى معين الصفة القانونية، وذلك عن طريق ترتيب أثار قانونية عليه وقاعدة الإسناد تفترق عن تلك القاعدة من هذا الوجه فهى إن كانت تتناول مراكز واقعية أو روابط معينة ، فهى لا ترتب بذاتها أثرا عليها. بل كل ما تفعله هو تحديد القانون الذى يرتب أو يعترف بترتيب تلك الآثار القانونية فهى لا تعطى الحل الموضوعى بل ترشد إلى القانون الذى يتكفل بإعطائه.(١)

وهى بذلك تختلف عن باقى القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية التى تتصف بأنها قواعد مباشرة. بمعنى أنها تتكفل بإعطاء الحل المباشر للمسألة المثارة.

فمثلا بخصوص مسائل الجنسية إذا ثار نزاع حول تمتع شخص معين بالجنسية الوطنية من عدمه، فيكفى لمعرفة الحل أن نرجع إلى القواعد التى تنظم كيفية اكتساب الجنسية الأصلية أو الطارئة للتعرف على الشروط اللازمة للتمتع بالجنسية . ولا تقوم تلك القواعد ببيان ، أو الإحالة إلى القانون الذى يتم بمقتضاه ذلك . وكذلك الحال بالنسبة لقواعد تنظيم المركز القانونى للأجانب ، فهى تبين الحقوق التى يتمتع بها الأجنبى الذى يوجد بإقليم الدولة أو الالتزامات التى تقع على عاتقه . فالمشرع الوطنى يبين من خلال تلك القواعد نوع تلك الحقوق والالتزامات ، ولا يتصور أن يرجع إلى قانون دولة أجنبية لبيان ذلك .

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقواعد المنظمة لحالات الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية فإذا ثار خلاف حول

---

(١) أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع، مرجع سبق ذكره، ص ٩٨ ومابعدها.

اختصاص تلك المحاكم بنظر منازعة ذات طابع دولي ، فتأتي تلك القواعد لتفصل بطريقة محددة ومباشرة مقررة الاختصاص لصالح القضاء الوطني من عدمه . ولا يتصور أن يرجع المشرع أو القاضي الوطني لقواعد قانون المرافعات في دولة أجنبية ليعرف ويحدد حالات اختصاص محاكمها الوطنية .

٢ - قاعدة الإسناد قاعدة غير محددة المضمون :

لا تشير قاعدة الإسناد إلى قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي. فقاعدة الإسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة. فهي تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة . فقاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية مثلا تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع هذه الأهلية لقانون جنسية الشخص. وبالتالي فانه إذا كان الشخص الذي ثار الخلاف بشأن أهليته فرنسي الجنسية خضعت أهليته للقانون الفرنسي، وإذا كان انجليزي الجنسية خضعت أهليته للقانون الانجليزي . وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد الخاصة بالعلاقات المتعلقة بالعقار، إذ تقتصر على الإشارة إلى تطبيق قانون موقع المال على هذه العلاقة . فإذا كان العقار كائنا في المانيا تعين تطبيق القانون الألماني ، وإذا كان كائنا في إيطاليا تعين تطبيق القانون الإيطالي .

ومن ثم يتبين أن مضمون قاعدة الإسناد ليس بالمضمون المحدد مقدما بمعنى أن القانون الذي تقضي هذه القاعدة بتطبيقه لا يتم معرفته إلا إذا كنا بصدد علاقة معينة محددة المعالم .[1]

---

(١) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٧٤.

٣ - قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة :

لما كانت قاعدة الإسناد قاعدة عامة ومجردة وكانت هى الوسيلة الفنية الرئيسية لتمكين القاضى الوطنى من فض المنازعات ذات الطابع الدولى، وتمكين الأطراف من توقع القانون الذى قد يحكم علاقاتهم فإنها لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة "إذا هى اقتصرت على إيجاد حل للنزاع فى الحالات التى يكون فيها القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، إذ سيترتب على ذلك أن تكون قاعدة الإسناد عديمة الجدوى فى الحالات التى لا يكون فيها القانون الوطنى للقاضى هو الواجب التطبيق".(١)

وإذ هى قاعدة غير مباشرة مهمتها الاختيار أو المفاضلة وفق ضابط إسناد مجرد(٢)، فإنها لا تطبق إلا إذا وجد تزاحم بين أكثر من قانون قابل للتطبيق، ولذلك كانت قاعدة الإسناد قاعدة ثنائية أو مزدوجة الجانب. "فالمفاضلة كما قد تكون لصالح قانون القاضى الذى يفصل فى النزاع - القاضى الوطنى - قد تكون لصالح قانون دولة أجنبية"(٣) طالما ثبت أنه القانون الأصلح والأنسب لحكم العلاقة أو الرابطة المعروضة.

وعلى الرغم من تأييد كثير من الفقهاء لمنطقية هذه الخصيصة التى لقاعدة الإسناد(٤) فقد وجد من طالب بوجوب

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٢) انظر فى الطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد:

Cour de Paris, 1814 Juin 18, C. Elisabeth C. Bertrand Busqueta, S. 1814. 2. 393., et la Grands arrest, op. cit., P. 6.

(٣)الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٤) انظر مثلا الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٥، وفى الفقه الأجنبى انظر مثلا:

G. Viver: Le carctére bilateral des regles de conflits de lois, Rev. crit. dr. int. pr., 1953, P. 655.

اقتصار مهمة قاعدة الإسناد الوطنية على تحديد ما إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق أم لا، أى أن تكون قاعدة الإسناد كغيرها من القواعد القانونية، مفردة الجانب[١]. احتراما لإرادة المشرع الأجنبى فى تحديد نطاق تطبيق القوانين التى يصدرها واحترام الحقوق المكتسبة فى كل دولة. فضلا عن عدم اختصاص المشرع الوطنى بتحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية .

والحقيقة أنه فضلا عن أن هذا الرأى يتنافى مع وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، فى المفاضلة والاختيار للقانون الأصلح، فإنه لا يعطى لنا وسيلة لحل تنازع القوانين فى الحالة التى تعطى فيها عدة قوانين أجنبية لنفسها الاختصاص بحكم النزاع ، إذ كيف يتسنى للقاضى المفاضلة بين القوانين الأجنبية المتعددة التى تدعى لنفسها حكم النزاع إذا لم يستمد من قاعدة الإسناد الوطنية وسيلة إجراء هذه المفاضلة . وعلى ذلك يجب أن تشتمل قاعدة الإسناد على بيان حالات تطبيق القانون الاجنبى أسوة باشتمالها على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى[٢] تلافيا لحدوث حالة من الفراغ القانونى تؤدى إلى إنكار العدالة.

ويلاحظ أن الطبيعة المزدوجة لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولى الخاص. فقواعد الاختصاص الوطنية لا تقوم بتعيين المحكمة الأجنبية الواجب رفع النزاع إليها ، إذ أن ذلك يعد تدخلا

---

(١) انظر :
J. P. Niboyet: Cours de droit international privé Français, Paris, 1949, P. 350.
Gothot: Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, Rev. crit. dr. int. pr., 1971, P. 209 et ss.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق. ولمزيد من التفاصيل الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٨.

غير مقبول فى تحديد اختصاص مرفق القضاء فى الدولة الأجنبية. وفضلا عن أنه سيظل عديم الأثر من الناحية العملية . فالقاضى لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطنى، ولا يمكن أن يخضع فيما يتعلق بتحديد اختصاصه لأية قاعدة يقضى بها مشرع أجنبى(١).

وكذلك القواعد المتعلقة بآثار الأحكام الأجنبية، إذ يقتصر المشرع على تحديد آثار الحكم الأجنبى داخل إقليم دولته ولا يتكفل بتحديد الآثار التى يمكن أن ترتبها الأحكام الوطنية خارج هذا الإقليم . ذلك أن هذا التحديد سيكون عديم الأثر من الناحية العملية لأن كل دولة تتكفل بتحديد آثار الأحكام الأجنبية داخل إقليمها دون أن تعبأ بما قد يقضى به مشرع الدولة الأجنبية فى تحديد آثار هذه الأحكام.(٢)

وكذلك قواعد الجنسية تقتصر على تحديد الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة وفقدها، وإلا اعتبرت منطوية على تجاوز لحدود اختصاص هذا المشرع وماسة بسيادة الدولة الأجنبية التى تملك دون غيرها سلطة تحديد من يعتبر من رعاياها .

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد مركز الأجانب . فهى تقوم بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب فى إقليم الدولة. ولا تعنى

---

(١) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق.

(٢) ويلاحظ أن قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية قد تكون بصفة استثنائية ذات طبيعة مزدوجة وذلك عندما يشترط المشرع الوطنى لتنفيذ الحكم الأجنبى فى دولته أن تكون المحكمة الأجنبية التى أصدرته مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائى المعمول بها فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ . ففى مثل هذه الحالة لا يلجأ القاضى إلى قاعدة الاختصاص الوطنية لتحديد اختصاص محاكم دولته فحسب بل يلجأ إلى هذه القاعدة أيضا لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى إقليم دولته .

ببيان ما يتمتع به الوطنيون من حقوق فى إقليم دولة أجنبية [١]، ويلاحظ أخيرا أن هذا الاختلاف بين قواعد الإسناد وغيرها من قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية لا ينفى أن هناك وحدة طبيعية تجمعها ألا وهى استهداف تنظيم الحياة الدولية للأفراد بمختلف مناحيها [٢].

المطلب الثانى

ضابط الإسناد

قاعدة الإسناد من القواعد القانونية الوطنية ومن ثم تشترك مع غيرها فى الأركان التى لا يمكن لقاعدة قانونية أن تقوم بدونها إلا أن طبيعتها الخاصة تضفى على هذه الأركان ما يبين ذاتيتها وتميزها عن غيرها. ولذا فلقاعدة الإسناد كغيرها من القواعد أركان داخلية وأخرى خارجية.

الأركان الخارجية لقاعدة الإسناد:

أولا: ركن الفرض:

يقصد بالفرض وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع مثل إبرام زواج، ارتكاب عمل خاطئ، إبرام عقد، وهو يحتوى على شروط انطباق القاعدة القانونية.

ثانيا : ركن الحكم أو الحل:

يقصد بالحكم "الحل أو الحكم الذى يقرره القانون بالنسبة

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، مبادئ تنازع القوانين . ط ١٩٩٦ . ص ٣١.
(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

للوضع الواقعى أو مجموع الأوضاع الواقعية" وهو لا ينطبق إلا عند توافر الشروط والظروف المحددة فى الفرض[١].

فقاعدة الإسناد تتعلق بمسألة أو بوضع معين يشكل شروط وإطار أو نطاق لتطبيقها، كأن تتعلق بالحالة أو الأهلية أو النسب.

وهى تقدم الحل بطريق غير مباشر حين ترشد إلى القانون الواجب التطبيق.

الأركان الداخلية لقاعدة الإسناد:

لقاعدة الإسناد كغيرها من القواعد القانونية الوطنية أركانها الداخلية التى تتأثر بطبيعتها وهى:

أولا : الفكرة المسندة :

وهى موضوع الإسناد أو مجموعة الحالات القانونية التى تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بها[٢].

فالمشرع فى مواجهة استحالة دخول المراكز القانونية والعلاقات ذات العنصر الأجنبى تحت الحصر، تكفل بتصنيف هذه المراكز وتلك العلاقات إلى فئات مختلفة، تسمى كل فئة منها بالفكرة المسندة. وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز

---

(١) انظر مثلا المادة ١٦٣ من القانون المدنى التى تقرر أن "كل خطأ سبب ضرر للغير (ركن الفرض)، يلزم فاعله بالتعويض" ركن الحكم.
انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٦- ٤٧.

(٢) انظر الدكتور ماهر إبراهيم السداوى، مبادئ القانون الدولى الخاص، ط ١٩٨١، ص ٤٤.

والعلاقات المتقاربة أو المتشابهة[١].

وعلى ذلك فلو افترضنا أننا بصدد نزاع بشأن ميراث بين أجانب كانت الفكرة المسندة هى فكرة أيلولة المال بطريق الإرث. وينشأ عن وجود هذا الركن مشكلة أخرى قبل التوصل إلى قاعدة الإسناد المناسبة تعرف بمشكلة الوصف القانونى أو التكييف للواقعة محل النزاع لمعرفة ما إذا كانت تماثل الفكرة المسندة أم تخرج عنها.

ثانيا : ضابط الإسناد :

يقصد بضابط الإسناد أو ظرف الإسناد، المعيار[٢] الذى يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين لحكم الفكرة المسندة، أو الحالة القانونية محل النزاع.

وبعبارة أخرى هو ضابط الاختيار والتفضيل بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة[٣].

وعلى ذلك لو افترضنا أننا بصدد النزاع السابق الإشارة إليه وكانت قاعدة الإسناد تقضى بأن يرجع فى الميراث لقانون جنسية المورث، كان ضابط الإسناد هو "جنسية المورث".

وهو ما يثير مشكلات تطبيق القانون الأجنبى مثل الإحالة والغش والتعارض مع النظام العام.

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤، منشأة المعارف، ص ١٣.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٢ - ١٩٦٣، ص ٥.

(٣) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، وكذلك الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٣.

ثالثا : القانون المسند إليه:

ويقصد به القانون الذى يرشد إليه ضابط الإسناد[١]، أو النظام القانونى الذى يتعين تطبيقه وإعمال أحكامه.[٢]

ويتضح من ذلك أن ضابط الإسناد هو أحد الأركان الداخلية لقاعدة الإسناد وأنه أداة الوصل بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه. ولكن:

كيف يمكن تحديد ضابط الإسناد؟

أن اختيار ضابط الإسناد الذى يكشف عن القانون الواجب التطبيق فى شأن العلاقة المطروحة[٣] لا يتم بصفة عفوية فقد جرى العمل عند وضع التشريعات المنظمة لاختيار القانون واجب التطبيق على تصنيف المراكز القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا إلى فئات أو طوائف تتضمن المراكز القانونية المتشابهة وإسناد كل طائفة منها إلى قانون معين وفق معيار يمكن تحديده بتحليل العلاقة القانونية[٤] إلى عناصرها:

العنصر الأول : الأشخاص :

سواء كان هؤلاء أصحاب حقوق أم مدينين بها. فهناك مثلا: البائع والمشترى، والمتسبب فى الضرر والمضرور، والولى

---

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٩.
(٢) دون خلط بين وجوب تطبيق القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد ووجوب تطبيق قاعدة الإسناد ذاتها، فى هذه الملحوظة بالتفصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٤ - ٥٥.
(٣) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦.
(٤) تعرف العلاقة القانونية بأنها "علاقة بين شخص وآخر محكومة بقاعدة من القواعد القانونية".

والطفل، الوارث والمورث.

العنصر الثانى: الموضوع :

يختلف موضوع العلاقة من حالة إلى أخرى وقد يكون التزاما من الالتزامات.

العنصر الثالث : السبب :

لابد لقيام المراكز القانونية لأطراف العلاقة من سبب منشئ للعلاقة، سواء كان مصدره الإرادة كما هو فى البيع والشراء أو مصدره القانون كما هو فى شأن ترتيب الحضانة والوصاية، أو مصدره الفعل الضار كوقوع حادث(١).

ولما كان المراد هنا هو توطين العلاقة أو تركيزها فى ظل القانون الأقرب صلة بها وجب إيجاد صلة بين هذا القانون والعنصر الرئيسى من العناصر الثلاثة السابقة لضمان أكبر قسط من الفاعلية فى المجال الدولى بضمان عدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف ، وكفالة أنتاج آثارها داخل الدولة الواجب تطبيق قانونها والدول الأخرى التى تمتد إليها هذه الآثار، بثبوت أن اتصال قوانينها بالعلاقة ليس من الأهمية بمكان بحيث يترتب على عدم الاعتداد بها المساس بالسيادة التشريعية.

---

(١) Savigny: A treaties on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time, Guitrie's Translation, 2 nd ed., T. 8.

انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٢، والدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، ص ٧٧.

وتختلف أهمية أى من العناصر السابقة باختلاف نوع هذه العلاقة:

فإذا نظرنا إلى علاقات الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والميراث ، لوجدنا أن عنصر الأطراف هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية لاتصالها بأشخاصها ومن ثم يتعين إيجاد صلة من الأوصاف المميزة للأشخاص الطبيعية والمعنوية لاتخاذها كمعيار أو ضابط يستخدم لتفضيل قانون على آخر من بين القوانين المتصلة بالعلاقة.

وطبيعى ألا تستمد هذه الصلة من ألوان الأشخاص أو أطوالهم أو قدرتهم المالية وغير ذلك من عناصر الحالة ، وإنما يتعين أن تستمد من أوصاف قانونية عامة كالجنسية والموطن ومحل الإقامة .

وإذا نظرنا إلى مجال العلاقات المتصلة بالحقوق العينية تبين أن العنصر الرئيسى للعلاقة هو عنصر الموضوع ، ومن ثم تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المال .

وإذا نظرنا إلى مجال التصرفات القانونية كان عنصر السبب هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية. ومن ثم تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر . كضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية[١].

وهكذا نجد أن ضابط الإسناد يستمد من فكرة قانونية

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٧.

تتصل بعناصر العلاقة أو الرابطة التى يثور بشأنها نزاع مستقبلى[١].

غير أنه وإن كانت ضوابط الإسناد تتحدد أساسا وفقا للعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية إلا أن هذا لا يعنى تجرد هذه الضوابط من الأهداف التى قد تمليها مصالح الدولة الأساسية وواقعها الاجتماعى. ويبرز الدور الذى تلعبه هذه الاعتبارات بصفة خاصة عند تحديد ضابط الإسناد الخاص بطائفة الأحوال الشخصية.

حيث نجد أن الدول التى تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . ذلك أن استمرار رعايا الدولة فى الخضوع لقانونها يبقى على الرابطة الروحية التى تربطهم بها. وعلى العكس من ذلك فإن الدول التى تكثر هجرة الأجانب إلى إقليمها ، تأخذ عادة بضابط الموطن فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . اذ أن الأخذ بهذا الضابط من شأنه إخضاع هذه المسائل للقانون الوطنى بالنسبة لكل الأجانب الذين توطنوا بإقليم الدولة ، وفى ذلك ما يساعد على اندماج هؤلاء الأجانب فى مجتمع الدولة[٢].

أساليب الإسناد :

يعكس أسلوب صياغة قاعدة الإسناد المصالح الوطنية التى يرغب المشرع فى تحقيقها على النحو الذى يتصوره محققا للعدالة، ومن ثم فقد يستخدم أحد الأساليب الآتية:

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٨.
(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨.

أولا: أسلوب الإسناد البسيط :

وهو الأسلوب الغالب وفيه تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد للإسناد، كما لو أراد المشرع أن يُكرس نظام اجتماعى أو دينى معين تظهر فيه قوامة الرجل على الأسرة، فيضع ضابط للإسناد فيما يتعلق بآثار الزواج والطلاق يعتمد على جنسية الزوج.

أسلوب الإسناد المركب:

وفيه يلجأ المشرع إلى تضمين قاعدة الإسناد أكثر من ضابط إسناد، فتتعدد القوانين التى تحكم العلاقة وهو على أكثر من صورة:

١ - الإسناد الموزع :

وفيه يستخدم المشرع معيارا واحدا لاختيار القانون واجب التطبيق كالجنسية أو الموطن إلا أنه يسمح باستخدام هذا الضابط بالنسبة لكل طرف على حدة، وهو ما يظهر واضحا فى نص المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى بشأن الشروط الموضوعية الايجابية للزواج.

٢ - أسلوب الإسناد الجامع :

وفيه تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد مزدوج يؤدى إلى تطبيق قانونين أو أكثر معا، كما هو الشأن فى نص المادة ١٢ المشار إليها فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج (موانع الزواج)(١).

---

(١) انظر :
Grand arrêts de la Jurisprudenc Français de droit international privé 3 ed. (B. A ncel et Y. Lequette edit.) Dalloz, 1998, 21- 8, P. 163 et ss.

ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى تعدد القوانين التى تحكم العلاقة القانونية وتطبيقها تطبيقا جامعا نظرا لأهمية الصلة التى تربط بين هذه القوانين جميعا بالعلاقة القانونية[١].

٣ - التطبيق التخييرى :

قد تشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط إسناد تمنح الاختصاص لجملة قوانين على سبيل التخيير، ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى إمكان تطبيق أى من القوانين المتصلة بالعلاقة نظرا لتساوى هذه القوانين فى صلتها بها[٢] أو إلى التيسير على الأطراف فى العلاقات الخاصة الدولية وإلى الاعتراف بصحة تلك العلاقات وتحقيق صالح أطرافها[٣].

وقد يضع المشرع ضوابط الإسناد على قدم المساواة بحيث يختار تطبيق أى من القوانين التى تشير إليها كما هو الشأن فى نص المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى التى ساوت فى المرتبة بين قانون محل إبرام العقد والقانون الذى يحكم موضوع العقد وقانون الموطن المشترك المتعاقدين وقانون جنسيتهما المشتركة بحيث يمكن للمتعاقدين إبرام العقد وفقا للشكل المقرر فى أى من هذه القوانين.

وقد يضع المشرع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج بحيث تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد رئيسى يلزم تطبيق القانون

وانظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٣، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧، ١٨.

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨، والدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٧.

الذى ترشد إليه فإن تعذر أمكن الرجوع إلى أحد القوانين التى تشير إليها الضوابط الأخرى باعتباره القانون الأقرب صلة بعد ذلك الذى كان يشير إليه ضابط الإسناد الأصلى.

من ذلك نص المادة ١/١٩ من القانون المدنى المصرى التى تضمنت ضوابط إسناد تتدرج فى المرتبة أولها يشير إلى تطبيق القانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا فإذا لم توجد إرادة صريحة أو ضمنية تعين تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا لم يوجد موطن مشترك طبق قانون محل إبرام العقد.

وقد يضع المشرع ضوابط الإسناد فى تجاور تاركا لأحد الأطراف أو للمحكمة الاختيار، تيسيرا عليهم أو وفقا لما يحقق مصالحهم، كما هو الشأن فى نص المادة ١٨/٣١١ من القانون المدنى الفرنسى فيما يتعلق بدعاوى نفقة الصغار حيث أعطت للطفل (من ينوب عنه قانونا) حرية الاختيار بين تطبيق قانون محل إقامته العادية وتطبيق قانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة(١).

كيفية إعمال ضابط الإسناد :

من الواضح أن عملية الإسناد تقتضى لتحققها أمرين هما:

- وجود قوانين مختلفة كل منها يعرض اختصاصه بحكم العلاقة القانونية موضوع التنازع.

---

(١) انظر :

Y. Loussouarn et P. Bourel: Droit international privé, Dalloz, 2 eme ed. 1980, P. 449.

ولمزيد من التفاصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٦، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨.

- قيام المشرع بإجراء المفاضلة بين هذه القوانين بموجب ضابط الإسناد.

وعندئذ يجب تطبيق هذا القانون بصرف النظر عما إذا كان هو القانون الوطنى للقاضى أم كان قانونا أجنبيا. فإن كان الأخير ظهر لنا عيب من عيوب تطبيق قاعدة التنازع ألا وهو أنها قد تؤدى إلى تطبيق قانون يختلف كليا مع القانون الوطنى فى دولة القاضى(١).

وإذ يسعى المشرع لتحقيق مصالح المواطنين بالدرجة الأولى فقد يخرج على الأصل ويفضل تطبيق القانون الوطنى وحده على النحو الوارد بالمادة ١٤ من القانون المدنى المصرى التى توجب تطبيق القانون المصرى فى المسائل المتعلقة بالزواج كلما كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج.

تفسير ضابط الإسناد:

لما كان ضابط الإسناد ركن من الأركان الداخلية لبناء قاعدة الإسناد وكانت تلك القاعدة من القواعد القانونية الوطنية، كان طبيعيا أن يخضع فى تفسيره لما تخضع له هذه القواعد، مما يعنى أن تفسير ضابط الإسناد وتحديد مفهومه لابد وأن يتم وفقا للقانون الوطنى(٢). لاسيما وأن ضابط الإسناد ليس محلا للنزاع بين

---

(١) انظر فى آفة منهج التنازع الدكتور أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، ط ١٩٨٩، ص ١٢ ومابعدها ، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٣، وكذلك :

Arminjon: Op. Cit., P. 25.

وانظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٣٤٠، والدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٨٦، جـ٢، ص ١٦٩، الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٣.

الأطراف. إذ هو ينصب على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق لا على العلاقة القانونية محل النزاع[١].

التحديد الزمنى لوقت إعمال ضابط الإسناد:

إذ يتكون ضابط الإسناد من فكرة من الأفكار القانونية كالموطن والجنسية ومكان وجود المال، وكان بإمكان أطراف العلاقة التغيير فى العنصر الواقعى بتغيير الجنسية واكتساب جنسية جديدة، وبتغيير الموطن أو محل الإقامة أو نقل المال إلى مكان آخر وهكذا بالنسبة للعديد من الأفكار المكونة لضوابط الإسناد لم يكن كافيا تحديد ضابط الإسناد، بل يجب أن يصحب ذلك تحديد الزمن الذى يعتد فيه بالضابط الذى تتضمنه قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق[٢]. فإذا كنا بصدد الجنسية على سبيل المثال تعين تحديد ما إذا كان المقصود هو الجنسية وقت رفع الدعوى أم وقت نشأة العلاقة. والهدف من ذلك هو العمل على تحقيق الاستقرار ومراعاة التوقعات المشروعة لأطراف النزاع.

ثالثا : رقابة محكمة النقض على أعمال ضابط الإسناد:

يختار المشرع الوطنى ضابط الإسناد وفق سياسة معينة

---

(١) لمزيد من التفصيلات انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٣. حيث يقرر سيادته أن هناك استثناءان على هذه القاعدة يتعلق الأول بتفسير العنصر الواقعى لفكرة الجنسية كضابط للإسناد حيث يخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص انتماءه إليها، ويتعلق الثانى بوجود قاعدة تنازع اتفاقية مصدرها اتفاقية دولية حيث يجب على القاضى الالتزام بالمفهوم الذى تتبناه الاتفاقية. انظر ص ٦٤ - ٦٦.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٨٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧١ - ٧٣.

ولتحقيق أهداف محددة بشأن القدر المسموح فيه بتطبيق القوانين الأجنبية، وهو ، أى ضابط الإسناد، فكرة قانونية تتضمنها قاعدة قانونية ومن ثم فهو ليس من مسائل الواقع التي تخرج عن إطار رقابة تطبيق القانون التي تضطلع بها محكمة النقض أو المحكمة العليا[١]. إلا إذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الإسناد ذاته على وقائع الدعوى كما لو كان ضابط الإسناد هو مكان وجود المال فأعمله القاضى إلا أنه اخطأ فى تحديد هذا المكان من الناحية الواقعيـــة فإن الخطأ هنا يكون خطأ فى الوقائع لا فى تطبيق القانون.

وعلى العكس يعد خطأ فى تطبيق القانون الخطأ فى تحديد ماهية ضابط الإسناد، كما لو طبق القاضى ضابط محل الإبرام بدلا من تطبيق ضابط الإرادة، وكذلك الخطأ فى تحديد مدلول ضابط الإسناد كما لو كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل الضار فاعتد القاضى بمحل حدوث الضرر بدلا من الاعتداد بمحل وقوع الخطأ[٢].

هل تعرف فكرة قواعد الإسناد فى فقه الشريعة الإسلامية؟

أشرنا من قبل إلى أن هناك اتجاهين فى هذه المسألة[٣] وإلى أننا نرجح القول بأنه يمكن تطبيق القانون الأجنبى إعمالا للتفسير الموسع لآيات سورة المائدة مع الإشارة إلى ما هو مستقر لدى

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ (العدد الثالث) ص ٢١ ومابعدها، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٨٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق.

(٣) انظر ص ١٣٢ – ١٣٨ من هذا المؤلف.

الفقهاء من أن قواعد الإسناد ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل تنازع القوانين إذ قد يلجأ المشرع إلى استخدام أسلوب آخر يتمثل فى إصدار قواعد موضوعية أو مادية تقدم حلولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

المبحث الثانى

نطاق تطبيق قاعدة الإسناد

إذا ما عُرض على القاضى الوطنى نزاع من المنازعات ذات العنصر الأجنبى، تعين عليه إعمال قاعدة من قواعد الإسناد يدفعه إلى ذلك التزامه القانونى بتطبيق قواعد القانون الوطنى(١).

وكما أن لكل قاعدة قانونية نطاق زمانى ومكانى للتطبيق فإن لتطبيق قاعدة الإسناد:

نطاق زمانى: يقصد به الحدود الزمنية التى تبين الوقت الذى تكون فيه واجبة التطبيق، وتبين أثر صدور قاعدة إسناد جديدة على نفاذها(٢).

---

(١) بصرف النظرً عن تعلقها بالنظام العام. انظر:

Cass. Civ. Fr., 2 mars 1960, Clunet, 1961, P. 408 note B. Goldman.

وانظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦ ومابعدها، وانظر المادة ٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى الصادرة عام ١٩٧٩، والمادة ١/٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص التركى الصادرة عام ١٩٨٢، وانظر حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٠/١١/١٧ مج النقض المدنى. س١١ رقم ٩١ ص ٥٨٣.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٦ - ٣١٦، وفى نطاق القانون الدولى الخاص انظر بصفة عامة الدكتور احمد صادق القشيرى، نطاق

ونطاق مكانى: يقصد به البحث عن نوع تنازع القوانين المكانى الذى تنهض بتسويته، هل هو الاختيار بين القوانين بخصوص المنازعة الأصلية أم يمتد فيما وراء ذلك للاختيار بين القوانين التى تحكم المسائل الأولية اللازم معرفة نظامها القانونى قبل فض التنازع الدولى بشأن المنازعة الأصلية(١).

ونطاق موضوعى : لتطبيق قاعدة الإسناد نطاق آخر اقتضت البحث فيه الطبيعة الخاصة لهذه القاعدة ألا وهو النطاق الموضوعى.

فإزاء حقيقة أن المشرع قد نظم العلاقات الخاصة الدولية بعدد قليل من النصوص القانونية تحكم كل منها طائفة معينة من الموضوعات ، يضطر القاضى قبل إدراج العلاقة المعروضة عليه تحت قاعدة من قواعد الإسناد ، أن يقوم بعملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانونى للمسالة المعروضة عليه، لتحديد موضوعها، ومن ثم تحويلها من مجرد مراكز واقعية إلى مراكز قانونية، ومن ثم يتبين له ما إذا كانت تدخل ضمن النطاق الموضوعى للفكرة المسندة من عدمه فإن كانت مما يدخل فى هذا النطاق أمكن أن تنطبق بشأنها قاعدة الإسناد للتوصل إلى تطبيق القانون الأقرب صلة بالعلاقة .

ومن ثم يكون من الضرورى أن نتناول هنا البحث فى كيفية التوصل إلى الوصف القانونى للعلاقة محل النزاع.

وطبيعة القانون الدولى الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة العاشرة، يناير ١٩٦٨ ، ص ١١٩ وما بعدها.

(١) انظر المرجع السابق، ص ٣١٦.

المطلب الأول

نظرية الأوصاف القانونية

من المعلوم أن تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدى فى كثير من الأحيان إلى تطبيق تشريع أجنبى، واستبعاد التشريع الوطنى . وأن هذه النتيجة مخالفة لمبدأ إقليمية القوانين. ومعلوم أن الوصول إلى تحقيقها معقود بتوافر شروط معينة تقررها قاعدة تنازع القوانين نفسها .

وبيان ذلك أن هذه القاعدة تتكون من شقين :

الأول : يبين مسألة التنازع.

والثانى : يبين الحل ، الذى قد يكون مقتضاه الأخذ بأحكام تشريع أجنبى .(١)

وقد أسلفنا أن قاعدة الإسناد لا تضع الحل لكل مسألة من المسائل التى تعرض فى العمل على حدة بل لطوائف من المسائل تتجمع كل منها فى شكل فكرة مجردة هى الفكرة المسندة، ومن ثم فعلى القاضى أن يبت فى مسألة أولية هى البحث عن الفكرة التى تدخل فى مضمونها المسألة محل النزاع، من خلال عملية عقلية لتحليل الوقائع أو التصرفات المعروضة عليه(٢) اصطلح على تسميتها بالوصف أو التكييف القانونى.

وعلى ذلك يمكن تعريف التكييف أو الوصف القانونى بأنه عملية تحديد طبيعة المسألة التى تتنازعها القوانين لوضعها فى

---

(١) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ١٨٦.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٨.

نطاق إحدى الفكر المسندة التى خصها المشرع بقاعدة إسناد[١].

أو بأنها عملية تحديد الوصف القانونى أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية[٢].

ولما كانت الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة، فما هو معتبر من الشكل فى بلد قد يعتبر من الأهلية فى بلد آخر، فقد يظهر للقاضى اختلاف فى تحديد الطوائف التى يمكن رد هذه المسائل إليها. ومن ثم فإن النزاع ذى الطابع الدولى ، كما يثير تنازعاً بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل فى النزاع ، يثير أيضا تنازعاً بين هذه القوانين حول القانون الذى يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانونى لهذه المسألة حتى يمكن رد المسألة إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد[٣].

فما هو القانون واجب التطبيق على الأوصاف القانونية؟

إذا ما أراد القاضى أن يتحقق من طبيعة المسألة محل النزاع وما إذا كانت، على سبيل المثال، تدخل فى مضمون فكرة الأهلية للتصرف أم فكرة شكل التصرف، تعين عليه الرجوع إلى قانون معين لتحديد ذلك، وهنا يثور السؤال هل يرجع إلى قانونه الوطنى أم إلى القانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد؟

وجد فى الإجابة على هذا السؤال ثلاث نظريات نرى أن نعرض لها على الترتيب التالى:

---

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٥٣.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق.
(٣) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٦.

أولا : نظرية تطبيق قانون القاضى :

- نشأة النظرية ومضمونها:

أول من وجه الأنظار إلى بحث مسألة التكييف وأهميتها كان الفقيه الألمانى فرانتز كاهن Frantz Kahn سنة ١٨٩١(١) ثم جاء من بعده الفقيه الفرنسى "بارتان"(٢) Bratin ليقدم أفكاره عن نظرية التكييف وفق قانون القاضى، حتى ولو اتضح أن قانون القاضى لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع . بل حتى ولو لم يكن يدخل أصلا ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع ، ومعنى ذلك أن قواعد تنازع القوانين فى كل تشريع تعتمد فى تطبيقها على ما تقول به القواعد الموضوعية فى ذلك التشريع(٣). وهو ما قد يؤثر على اختيار النظام القانونى

---

(١) انظر :

Frantz Kahn: Ein Beitrag Zum Iehre des internationalen privatracht. Ihrings Jahrbucher, 1891, no. 18, P. 143.

(٢) انظر:

E. Bartin: "L'impossibilité d'arriver à la suppression definitive des conflits de lois", Clunet, 1897, P. 225, 466, 720 et pour la mem autur: Etudes de droit international, privé, 1899, P. 1-82.

فى إثارة التساؤل عن القانون الواجب التطبيق وخصوصا ص ٦، ١٣ وفى الإجابة على ذلك انظر ص١٤ حيث فضل تطبيق قانون القاضى.

(٣) انظر أحكام القضاء الفرنسى فى العلاقة بين التكييف وقواعد الإسناد:

Cass. Ch. Req. 4 Juin 1935 (Epoux Zelcer C. Schwab.) Rev. Crit., 1936. 755 note Basdevant.

Cass. Ch. Civ., Ire Sect., 25 Juin 1957, Epoux Ahmed Ben Hassen.... C. Epoux Silvia, Rev. Crit., 1957. 680, note Batiffol., Grand Arrêt, op. cit., no. 29, P. 230 Spec. P. 232.

وفى تحليل هذا الحكم انظر :

الواجب التطبيق أو القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها منه، على الرغم مما هو معلـــــوم من أن هذه القواعد الموضوعية وضعت فى الأصل للفصل فى العلاقات القانونية الوطنية، وهو ما قد يؤدى إلى خرق الحياد الذى يفترض أن تتصف به قاعدة الإسناد بالنظر إلى أنها قد وضعت للفصل فى منازعات ذات طبيعة دولية، ويجب أن تهدف فقط إلى تحقيق العدالة فى إرشادها للقانون واجب التطبيق(١).

الأسانيد التى تقوم عليها النظرية:

يستند خضوع التكييف لقانون القاضى إلى عدة أسانيد ساق بعضها "بارتان" وأضاف الفقه الحديث البعض الآخر.

السند الأول : فكرة السيادة التشريعية لقانون القاضى:

يقوم هذا السند على فكرة سياسية أكثر منها قانونية ، وهى فكرة السيادة.

فيقول "بارتان" أن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية على الأراضى الوطنية إنما يحصل بناء على رغبة المشرع الوطنى التى أظهرها فى قواعد تنازع القوانين. ومؤدى ذلك أنه يتنازل عن السيادة التشريعية (المدنية) لقوانينه لمصلحة القوانين الأجنبية التى تسود فى بلاده، سواء كان هذا التنازل أساسه رغبته فى تقرير العدالة والتزامه بذلك ، أو مجرد المجاملة الدولية . على أن الوصول إلى تطبيق هذه القوانين الأجنبية يجب أن يكون مسبوقا بتحديد – النطاق الموضوعى – لتطبيق قاعدة الإسناد(٢) ، ولا

B. Ancel: L'objet de La qualification, Clunet, 1980, 264, no. 60 et ss.

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٧ .

(٢) E. Bartin, op. cit., P. 16.

يتصور أن يترك المشرع مسألة خطيرة كهذه متعلقة بالسيادة لحكم أى قانون أجنبى . فكما أن قواعد تنازع القوانين فى كل دولة قواعد وطنية ، كذلك قواعد التكييف وطنية بحته ، وذلك للاتصال الوثيق بينهما(١).

فإذا أخضع المشرع فى بلد ما الأهلية مثلا لقانون جنسية الشخص، فتحديد معنى الأهلية لابد أن يكون من اختصاص المشرع الوطنى لا من اختصاص المشرع الأجنبى.(٢)

السند الثانى : تفسير قاعدة الإسناد: لما كانت فكرة السيادة فكرة غامضة ولا تنهض لتبرير إخضاع التكييف لقانون معين، فضل الفقهاء تبريرا آخر مؤداه أنه لما كانت وظيفة قاعدة الإسناد هى اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى "لتحقيق العدالة مجردة عن كل اعتبار متعلق بالسيادة"(٣). فإن هذه

---

(١) انظر عرض وتحليل هذه الحجة بشأن حكم محكمة استئناف الجزائر فى قضية أرملة بارتلو:

Cour d'appel d' Alger 24 dec. 1889, Bartholo, Clunet, 1891, 1171.

وكذلك:

Grand arrêt, op. cit., no. 9. P. 61 Spec. P. 64, 68.

حيث طبقت المحكمة القانون الفرنسى (قانون القاضى) باعتباره قانون المحيط الاجتماعى الذى عاش فيه الزوجان.

ويلاحظ أن المحكمة بعد تحليل العلاقة بحثا عن الاشتراك القانونى بين النظامين الفرنسى والمالطى على نحو ما نادى به الفقيه الالمانى سافينى انتهت إلى عدم توافر الاشتراك القانونى حين قررت أن النظام القانونى الفرنسى لا يعرف فكرة الزوج الفقير المعروفة فى القانون المالطى.

C.F. Savigny: Traité de droit romain, (Trad. Guénoux), 2e ed. 1860, Vol., VIII no 361, Ph. Francescakis: Droit naturel et dr. int. pr., mélanges maury, T.I., P. 113 Spec. no 13 et 14.

(٢) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ١٩٣. ومقال بارتان ، المرجع السابق، ص ٢٢٧ - ٢٢٩.

(٣) أنظر:

Armijon: Nature, objet et porteé de droit international privé, Leur place dans la legislation, Paris, 1920.

العملية تحتاج إلى تفسير القواعد الوطنية للتوصل إلى التكييف المناسب للمسألة المعروضة(١).

فالقاضى الذى يكيف شرط شهر الزواج فى ظل حفل دينى يحضره كاهن يقوم بطقوس معينة ، لا يقصد فى الواقع سوى تفسير كل من قاعدة الإسناد التى تقرر اختصاص قانون محل إبرام الزواج بحكم مسائل الشكل ، وقاعدة الإسناد التى تقرر اختصاص القانون الشخصى بحكم المسائل الموضوعية فى الزواج ، وذلك ليتوصل إلى معرفة ما إذا كان هذا الشرط يتعلق بالشكل أم بالموضوع(٢). وهو إذ يفسرها لا يفسرها إلا حسب أحكام قانونه الذى تشكل قاعدة الإسناد جزء منه(٣).

وأعيد نشره فى مجلة القانون الدولى الخاص وقانون العقوبات الدولى، طبعة خاصة فى مارس ١٩٢٨ ، لاسيما ص ٣١- ٣٢.

(١) انظر :

J. maury: Regles generales des conflits de lois R.C.A.D.I., 1936, T. III, P. 329 no 132 et s.

Ph. Francescakis: Une lecteure demeurée Fondamentale, Rev. Crit. dr. int. pr., 1982, P. 3.

أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ١٧٠ ومابعدها، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) فى تفصيلات تكييف هذا الشرط انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cour de Cass. (Ch. Civ., I^{re} sect.) 22 Juin 1955 Caraslanis C. dame Caraslanis, Rev. Crit. 1955. 723, note Batiffol, D, 1956, 73, note Charvrier, Journal des Juristes hellénes 1956, 217, note Francescakis.

Grand arrêts, no, 27, P. 214 - Spec. P. 220 no (B). (L'abjet de qualification).

(٣) أنظر:

H. Batiffol et Lagard: Droit international privé, 5 ème ed. T.I., no 293.

Lerebours- Pigeonniere et Loussouarn: Précis de droit international privé, 8 em ed., P. 426.

السند الثالث : فكرة تحقيق العدالة : إذ أن "قواعد التكييف ما هى إلا كالإطار المحدد لمجال تطبيق كل القواعد القانونية الأخرى لأنها تحدد معنى العلاقات القانونية فإنه من التناقض البحت أن نسمح بالتغيير والتبديل فيها كلما كانت العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبى، إذ المال الواحد قد يعتبر منقولا أو عقارا فى نظر تشريعين مختلفين، فالأولى إذاً أن تكون له طبيعة واحدة، رغبة فى تحقيق العدالة على وجهها الكامل ، ولا يتم ذلك إلا بتطبيق قانون القاضى".(١)

السند الرابع : ما جرى عليه العمل القضائى: ويقوم على الواقع القضائى، فقد درجت المحاكم على إخضاع التكييف لقانون القاضى، وحده دون غيره ، ويسوقون من بين القضايا قضية شهيرة هى قضية ميراث المالطى.

وتتلخص وقائعها فى أن الزوجين "بارتولو" من جزيرة مالطة قد هاجراها وتوطنا بالجزائر . وبعد وفاة الزوج طالبت أرملته أمام محكمة استئناف الجزائر بحقها فى العقارات التى يمتلكها زوجها فى الجزائر ، وذلك حسب أحكام قانون جزيرة مالطة ، الذى يقرر نصيبا معينا لأحد الزوجين فى حالة وفاة الآخر ويسمى "بنصيب الزوج المحتاج" La quarte du conjoint pauvre .

ولقد ثار التساؤل : هل يدخل النصيب الذى تطالب به

وانظر فى الفقه المصرى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣١ ومابعدها، الدكتور فؤاد رياض، الوسيط فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، ط ١٩٩٤، ص ٦٠، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ٣٧٩، والدكتور ماهر البداوى، المرجع السابق، ص ٥٥، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٣ - ١٩٤..

(١) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ١٩٤.

الزوجة فى فكرة النظام المالى للزواج ويحكمه بالتالى قانون الموطن الأول للزوجين، وهو القانون المالطى . أم يدخل فى فكرة الميراث ، ويخضع فى هذه الحالة لقانون موقع العقار وهو القانون الفرنسى السارى آنذاك فى الجزائر والتى كانت تعتبر جزءا من الإقليم الفرنسى .

وقد كيفت المحكمة المسألة بأنها تندرج تحت فكرة الميراث حسب أحكام القانون الفرنسى، قانون القاضى الذى ينظر الدعوى. ولما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث فى العقارات هو قانون الموقع ، أى القانون الفرنسى ، فقد قضت برفض ادعاء الزوجة ، باعتبار أن هذا القانون لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم .(١)

السند الخامس : نفسى(٢): ذلك أن القاضى يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافى والقانونى بالمبادئ الواردة فى قانونه(٣). فقاعدة الإسناد ذاتها ، كما مضت الإشارة، قاعدة وطنية داخلية ، وتشكل جزءً من قانون القاضى ، وكل ما يلزم لإعمالها يلتمس بجانب ذلك القانون .

---

(١) Cour d'appel d'Alger 24 decembre 1889, Clunet, 1891, P. 1171.
والتعليق على الحكم فى :

Grand arrêt, op. cit., P. 61 et s. Spec. P. 67, no 6.

(٢) انظر:

J. Maury: Regles generales des conflits de lois, RCADI, 1936, Vol. 57, P. 460.

(٣) انظر:

E. Bartin: La doctorine des qualifications et ses rapports avec le càractêre national des régles du conflit des lois, RCADI, 1930, Vol. 31, P. 565 Spec. P. 593.

الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٦٠.

ولا يعكر صفو هذا "الجو الوطنى" تدخل قانون أجنبى حيث أن التكييف هو عملية أولية سابقة على إعمال قاعدة الإسناد والكشف عن إمكانية تطبيق قانون أجنبى . فقبل تمام الوصف القانونى للمسألة المثارة لا يكون هناك قانونا آخر ينازع قانون القاضى اختصاصه ولا يمكن التكهن بهذا القانون حيث أن القاضى لم يعرفه بعد.(١)

نطاق تطبيق قانون القاضى فى التكييف :

لا يعنى وجوب الرجوع إلى قانون القاضى لتكييف الوقائع محل النزاع أن قانون القاضى يفصل فى كل الأوصاف القانونية الضرورية للفصل فى النزاع، وإنما يتحدد نطاق تطبيق هذا القانون بالاستثناءات الآتية:

أولا : التكييفات اللاحقة أو الثانوية :

يرى بارتان(٢) ويؤيده كثير من الفقهاء(٣) أن التكييف الذى يكون بمقتضى قانون القاضى، هو التكييف الأولى المبدئى أو الاختصاصى. وهو المراد لوضع العلاقة فى دائرة إحدى الفكر المسندة المكونة لقاعدة من قواعد الإسناد المعمول بها فى قانون

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق ، ص ٣٨٠.

(٢) انظر:

E. Bartin: Etudes des …….. op. cit., P. 231.

(٣) انظر مثلا:

H. Batiffol et Lagarde: Droit international privé, T.I. Paris, L.G.D.J., 1974, P. 379.

والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٣٥، والدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٠٦، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦١ بند ٥٠، والدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٥٧.

القاضى فإذا ما تحدد بناء على ذلك اختصاص قانون أجنبى معين بحكم النزاع، تعين الرجوع إلى هذا القانون فى شأن كافة التكييفات اللاحقة التى قد تعرض بمناسبة تطبيقه(١).

ذلك أن هذه الأخيرة ليس من شأنها تعديل هذا الاختصاص وإنما من شأنها فقط بيان كيفية إعمال القانون الأجنبى بالنسبة للمسألة التى تقرر فعلا خضوعها لحكمه(٢).

وخلاصة ذلك أن المسألة التى تدخل فى نطاق تطبيق قانون القاضى بشأن التكييف هى إدخال العلاقة القانونية تحت طائفة من طوائف العلاقات التى وضع بشأنها المشرع قاعدة من قواعد الإسناد(٣).

فإذا كنا مثلا بصدد علاقة تتصل بالتعهدات الاختيارية وتبين أنها تتعلق بالشروط الموضوعية للتعاقد، وجب على القاضى تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية للعقود ومن ثم يجب إعمال قانون إرادة المتعاقدين (المادة ١٩ مدنى) ليرجع بعد ذلك إلى هذا القانون لبيان ما إذا كان العقد عقد بيع أو إيجار أو غير ذلك، باعتبار أن هذه أوصاف لاحقة لازمة لتطبيق القانون الأجنبى لا لبيان اختصاصه بالفصل فى النزاع.

ويبرر هذا الاستثناء أنه إذا كانت سيادة الدولة قد سمحت

---

(١) Bartin: op. cit.,P. 231.

(٢) نظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦١ ، وكذلك:
Lerebours pigconniere et Loussouran: op. cit., P. 428.

(٣) انظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٢٨٩ - ٢٩٠ وهامش ٣.

بتطبيق قانون أجنبى فلا محل بعد ذلك للرجوع إلى القانون الوطنى[1]. أو بعبارة أخرى أنه مادام إخضاع التكييف لقانون القاضى سببه عدم جواز الرجوع إلى قانون أجنبى لتحديد الإطار الذى يسمح فيه بتطبيق القانون الأجنبى لما فى ذلك من حد من سيادة القانون الوطنى، فإنه لا داعى حينئذ للاستمرار فى الرجوع إلى قانون القاضى مادام قد تم بيان اختصاص القانون الأجنبى.

انتقاد رأى بارتان:

يرى البعض، ونراه على حق، أنه لا مجال للتمييز بين التكييفات الأولية والتكييفات الثانوية، ذلك أن المقصود بالتكييف بالمعنى الدقيق هو تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معينا، فإن تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضى[2]، ومن ثم فإن التكييفات اللاحقة ليست تكييفا بالمعنى الدقيق للاصطلاح، بل هى من قبيل التفسير اللازم لحسن تطبيق القانون الذى حددته قاعدة التنازع[3]. فهى جزء لا يتجزأ

---

(١) انظر Bartin: Ibid.
والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٦.
(٢) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى، تعليقا على نص المادة ١٠.
(٣) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٠١، وكذلك تعليق:
P. Arminjon: Précis de droit international privé, T.I., 3 eme. Ed., 1947, P. 337.
E.G. Lorenzen: Selected articles on the conflict of laws, New Haven, Yale Univ. Press, 1947, P. 100 Spec. P. 115 , 128 - 135.
F. Rigaux: La Théorie des qualification, Thése, no 129.

من الحكم الموضوعى الذى يتضمنه القانون الواجب التطبيق[١].

ثانيا : تكييف المال:

يرى بارتان أن ضمان الأمان القانونى والاستقرار للحقوق التى ترد على المال، يقتضى استثناء وصف المال من حيث كونه عقارا أو منقولا من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى، ليخضع بدلا من ذلك لقانون موقعه، لاسيما وأن القاعدة العامة فى تحديد القانون واجب التطبيق هى إخضاع المنازعات المتعلقة بالمال لهذا القانون[٢].

وعلى ذلك فإذا كان تشريع موقع المال يجعل المنقول محل النزاع عقارا بالتخصيص أو عقارا خالصا بالمخالفة لقانون القاضى، فالعبرة بما ورد فى قانون الموقع.

انتقاد رأى بارتان :

نرى مع جمهور كبير من الفقهاء انتقاد القول باستثناء تكييف المال من قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضى ذلك:

١ - أن إخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها ينطوى على مصادرة على المطلوب. فالتكييف عملية أولية سابقة على معرفة القانون الواجب التطبيق فلا يتصور والحال كذلك إخضاع المال لقانون موقعه فى حين أنه يلزم أولا تحديد طبيعة ذلك المال

---

(١) الدكتور فؤاد رياض، ، الوسيط فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، ص ٦٢ بند ٥٠.

(٢) انظر :

E. Bartin: La doctorine des qualification et ses rapports avec la carctére national des regles de conflits de lois, op. cit., P. 598.

للتوصل إلى معرفة قاعدة الإسناد وهو ما يؤدى بعد ذلك إلى معرفة القانون واجب التطبيق عليه[١]. لاسيما وأن من التشريعات ما يميز بين العقار والمنقول فيخضع الأول لقانون الموقع بينما يخضع الثانى لقانون آخر من ذلك أن المشرع الفرنسى يخضع الميراث فى العقار لقانون موقعه وفى المنقول لقانون موطن المتوفى. ومن ثم يصير ضروريا تحديد ما إذا كان المال عقارا أو منقولا حتى يمكن تعيين قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق ، وهو ما لا سبيل إليه إلا بالاستعانة بقانون القاضى.

٢ - أنه يصعب الأخذ بالقول بأن وصف المال يخضع لقانون موقعه فى الحالات التى يتوزع فيها المال فى أقاليم دول تختلف فيها الأوصاف القانونية لمحل النزاع[٢]، وفى الحالات التى يكون فيها محل النزاع مالا معنويا ليس له حيز مكانى ويتحدد موقعه فى كل دولة وفقا للمبادئ القانونية السائدة فيها، وكذا فى الحالات التى يكون فيها المال محل النزاع دائم التنقل كالسفن والطائرات[٣].

٣- أن إخضاع الوصف لقانون القاضى أمرُ لا مناص منه

---

(١) وهو انتقاد قديم فى الفقه الفرنسى. انظر:
J.P. Niboyet: Cours de droit international privé Français, Paris, Sirey, 2em ed., 1949, P. 461.

وكذلك :
F. Ririgaux: op. cit., no. 129.
وانظر فى تأييده الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٣ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٩٩، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٢)انظر: Arminjoin: op. cit., P. 326.

(٣)انظر : Lerbours pigeonniere et Loussouaran, op. cit., no. 261.

لاسيما فى الحالات التى يختلف فيها القانون واجب التطبيق على العقار عن ذلك الذى يجب أن يطبق على المنقول لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى إهدار قاعدة الإسناد الوطنية التى يتحدد نطاقها وتفسيرها وفقا للقانون الوطنى - وإدراج العلاقة تحت قاعدة إسناد غير التى كان يجب تطبيقها ومن ثم تغيير القانون الواجب التطبيق وكذا حل النزاع - كما لو طبقنا قاعدة الإسناد الخاصة بالعقار على مال يرى المشرع الوطنى وصفه بالمنقول، فيطبق قانون الموقع بدلا من تطبيق قانون الإرادة(١).

ثانيا : نظرية تطبيق القانون المختص بحكم النزاع:

نشأة النظرية ومضمونها:

ردا على نظرية تطبيق قانون القاضى دعى الفقيه الفرنسى "دسبانييه" إلى إخضاع الوصف القانونى للعلاقة محل النزاع للقانون الذى يحتمل أو يرجح تطبيقه للفصل فيه. أى للقانون الذى يرجح أن ترشد إليه قاعدة الإسناد(٢).

وعلى ذلك فإذا عرض على القاضى الفرنسى نزاع بشأن زواج يونانيين من طائفة الروم الأرثوذكس تم فى الشكل المدنى المتبع فى فرنسا بينما لا يقره القانون اليونانى، وأثيرت مسألة صحة الزواج لعدم تدخل رجل

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٤، بند ٥٢.

(٢) F. Despanget: Des conflit de lois relatifs à la quaIification des rapports juridique, clunet 1898, P. 253 et s.

وفى تأييده:

M. Wollf: Private international law, 2nd ed. Oxford, 1950, Spec. P. 155.

الـدين، فـإن احتمـال تطبيـق القـانون اليونـانى باعتبـاره قـانون جنـسية الطـرفين يوجـب القـضاء بـبطلان الـزواج باعتبـار أن القـانون اليونـانى لا يعتبـر تـدخل رجـل الـدين شـرطا شـكليا ممـا يخـضع لقـانون محـل الإبـرام بـل شـرطا موضـوعيا ممـا يخـضع لقانون الجنسية(١).

الأسانيد التى تقوم عليها النظرية:

الـسند الأول: أن الإسـناد إلـى القـانون واجـب التطبيـق إسـناد إجمالى:

ذلك أن اختيار قانون من القوانين لحكم النزاع يقع اختيارا كليا واعترافا بسلطان كامل للقانون المختار على العلاقة محل النزاع بما فى ذلك ما يخص وصفها القانونى، لأن القول بغير ذلك يقلل من فرص تطبيق القانون الأجنبى ويتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد فى تحقيق التعايش بين النظم القانونية(٢).

السند الثانى: احترام إرادة المشرع الأجنبى:

ذلك أن عدم الرجوع للقانون الأجنبى المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة قد يؤدى إلى مخالفة هذا القانون بتطبيقه فى غير الحالات التى أراد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها(٣)، أو يؤدى على

---

(١) وهى قضية تعرف بقضية كاراسلانيس.

Cass. Civ., 22 Juin 1905 Dalloz, 1906, P. 73 note Chavrier.

(٢) انظر:

Despanget: op. cit., P. 262.

وعرض الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٣) انظر:

Despanget. Op. cit., P. 262.

العكس إلى عدم تطبيقه فى الحالات التى يجب أن يطبق فيها، ومن ثـم يتـضح أن تـرك التكييـف للقـانون واجـب التطبيـق فيـه ضـمان لصحة تطبيق هذا القانون الأخير.

مثــال ذلـك مــا أشـرنا إليــه بـشأن قـضية زواج اليونــانيين الأرثـوذكس فـى فرنـسا فـى الـشكل المـدنى حيث نجد خـلاف بـين القانونين الفرنسى واليونانى فـى وصـف الـشرط محل النزاع وهو ما يترتب عليه اختلاف قاعدة الإسناد التى يطبقها القاضى وبالتالى ما يقضى به فى النزاع.

ومثـال ذلـك أيضـا أنـه إذا صـنفت المسألة محـل النـزاع كقيد على الأهلية وفق قانون القاضى الذى يخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص، ثم تبين أن قـانون الجنـسية يـصنفها ضـمن مـسائل الـشكل الذى يفرغ فيه التصرف وبالتالى يخضعها لقانون محل الإبرام فإن الاستمرار من القاضى فى اعتبار المسألة من مسائل الأهليـة وفقا للأوصاف القانونيـة المعروفـة فـى قانونـه من شأنه تطبيق القـانون الأجنبى على مسألة يعتبرها مشرع هذا القانون خارجة عن نطـاق تطبيقه[١].

السند الثالث: تلافى النتـائج غير العادلـة: ذلك أن إخضـاع التكييف للقانون المختص بحكم النـزاع يتلافى النتـائج غير العادلـة التى يقود إليهـا إجراء التكييف حسب قـانون القاضـى ، خـصوصـا

---

(١) انظر:

Despanget: Op. Cit., P. 262.

فى تعليقه على قضية مشهورة بقضية "وصية الهولندى"، وهى وصية بخط اليد حررها هولندى يعيش فى فرنسا، بينما كان يمتنع على الهولنديين وفقا للمادة ٩٩٢ من القانون المدنى الهولندى الإيصاء على هذا النحو ولو فى الخارج.

إذا كانت المسألة القانونية المعروضة يعترف بها وينظمها القانون الاجنبى المختص فى حين أن قانون القاضى يجهلها . ففى قضية ميراث المالطى ، لو كيف القاضى الفرنسى (نصيب الزوج المحتاج) حسب أحكام القانون المالطى ، لتوصل إلى إعطاء هذا النصيب للزوجة.[١]

انتقاد رأى دسبانية:

على الرغم من قوة منطق هذه النظرية التى تخالف رأى بارتان القائل بأن إعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من قاعدة الإسناد الوطنية ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لقانون القاضى من شأنه خرق قاعدة الإسناد وتطبيقها على حالات لم يقصد المشرع الوطنى تطبيقها عليها على سند من قول دسبانية أن إعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من القاعدة الموضوعية التى يتضمنها القانون الاجنبى المختص بحكم النزاع، وأن عدم تكييف العلاقة وفقا لهذه القاعدة فيه خرق للقانون الأجنبى وتطبيق له بصدد حالات لم يقصد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها[٢]. إلا أن هذا المنطق لا يصمد أمام الانتقادات الآتية:

١ - أن التكييف عملية سابقة على إعمال قاعدة الإسناد من حيث التعاقب الزمنى، فلا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون واجب التطبيق قبل الفراغ من عملية الوصف ومن ثم فلا يمكن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة مادام

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٣٨٣.
(٢) انظر رسالة F. Rigaux: op. cit., no. 87, P. 41

هذا القانون لا يتعين إلا بإعمال قاعدة الإسناد[١].

وبعبارة أخرى فإن التكييف عملية أولية لا سبيل إلى الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق بدونها، إذ هى التى تبين طبيعة المسألة محل النزاع وتضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية التى خصها المشرع بقاعدة إسناد.[٢]

٢ - أن هذه الفكرة تؤدى إلى نتائج غير مقبولة فى العلاقات الخاصة الدولية عندما يجهل القانون الواجب التطبيق المسألة محل النزاع.

ثالثا : نظرية تطبيق القانون المقارن:

نشأة النظرية ومضمونها:

إزاء الانتقادات التى وجهت للنظريتين السابقتين دعى الفقيه الالمانى "ارنست رابل" عام ١٩٣١ [٣] إلى عدم التقيد بالمفاهيم الواردة بقانون القاضى والقانون المحتمل التطبيق ووجوب الرجوع بدلا من ذلك إلى مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة يتم استخلاصها بأتباع منهج البحث المقارن للقوانين.

---

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٦٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٣، والدكتور سامى بديع منصور، القانون الدولى الخاص، الدار الجامعية، ١٩٩٧، ص ٩٠.
وفى التقليل من شأن هذا النقد انظر رسالة:
F. Rigaux, op. cit., no 87, P. 41.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٩٤.

(٣) انظر مقاله المنشور فى مجلة القانون الدولى الالمانية
E. Rabel : Das problem der qualifikation, Zeitschrift, 1931; P. 241.
وترجمته الفرنسية المنشورة بمجلة Clunet ١٩٣٣ ص ١ ومابعدها.

الأساس الفنى للنظرية :

تقوم النظرية على أساس أن قواعد الإسناد وقد وضعت لتنظيم علاقات ذات طبيعة دولية قد تؤدى إلى تطبيق النظام القانونى لأى دولة، ومن ثم فإنه مما يتفق مع طبيعة العلاقات التى تنظمها وطبيعتها الخاصة وما قد تؤدى إليه، أن يتحدد مضمون هذه القواعد وفق مفاهيم عالمية موحدة.

النقد الموجه للنظرية:

لم تسد هذه النظرية لدى القضاء نظرا لما تنطوى عليه من صعوبة كبيرة فى التطبيق . فمن العسير من الناحية العملية أن يقوم القاضى المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع إلى قوانين الدول المختلفة ليستمد منها الوصف القانونى الملائم . إذ فضلا عن المشقة الفائقة التى تنطوى عليها هذه العملية، فإن اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانونى للكثير من المسائل قد يؤدى بالقاضى إلى نتائج متضاربة ، ولن يجد القاضى فى الكثير من الأحيان عونا كافيا من الدراسات الفقهية للقانون المقارن، فدراسات القانون المقارن لم تتعد بعد فى الغالب من الحالات مرحلة العموميات بحيث لا يتسنى للقاضى أن يستمد منها حلا واضحا لمسألة محددة مطروحة أمامه.[1] هذا فضلا عن صعوبة تخلى القاضى عن تكوينه الثقافى والنفسى المتأثر بالقانون الوطنى والظروف المحيطة به اجتماعيا[2].

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٦٧.
(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٦ - ٣٨٧، وكذلك:
Arminjon: op;. cit., P. 345.

المطلب الثانى
موقف الفقه والقضاء والتشريع
من نظرية الأوصاف القانونية

وإن صح القول بصعوبة مواجهة الواقع الدولى بوسائل مستمدة فقط من النظام القانونى الوطنى وبحلول تهدف إلى تلبية حاجات مجتمع داخلى يتميز بالتجانس، فضلا عن أن المفاهيم والأوصاف القانونية المعروفة فى القانون الوطنى للقاضى قد لا تتضمن وصف للمسألة محل النزاع، إلا أن الراجح لدى الفقهاء[١] هو الأخذ بنظرية تطبيق قانون القاضى، وهو ما تؤيده أحكام القضاء فى الكثير من البلدان من ذلك مثلا أن محكمة الاستئناف المختلطة وقبل أن يصدر التشريع المدنى المصرى الحالى قد قضت بذلك فى قضية تعرف بقضية البرنس محمد جمال الدين حين فصلت فى نزاع حول وصف ما قدمه الزوج لزوجته من هدايا هل يعد من قبيل النظام المالى للزواج وفق مفاهيم القانون الانجليزى (قانون جنسية الزوجة والقانون الذى يحكم شكل العقد) أم من قبيل الهبة وفق مفاهيم الشريعة الإسلامية (قانون القاضى) حيث اعتمدت المحكمة الوصف الأخير[٢].

ومن ذلك أيضا أن محكمة النقض الفرنسية مازالت تتبع نفس النظرية فى أحكامها التى منها حكمها الصادر عام ١٩٨٠ [٣]

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٢ ومابعدها، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣١ ومابعدها.

(٢) انظر تفصيلات الحكم لدى الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٣) Cass. Civ. 3 jan., 1980, Dame Bendeddouche C. dame Boumaza, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1980, 331, note Batiffol, Clunet, 1980, 327 note Simon- Depitre

بشأن وصف الزواج الثانى الذى وقع فى الجزائر.

وهو ما يرجحه المشرع الوطنى فى كثير من الدول بنص صريح على نحو ما ورد بنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها". ونص المادة ١١ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠ من القانون المدنى الليبى والمادة ١٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة.

ولا يختلف فكر فقهاء الشريعة الإسلامية مع فكر غالبية فقهاء القانون الوضعى إذ يخضع التكييف أو الوصف القانونى لقانون القاضى أى للشريعة الإسلامية أو ما تسمح بتطبيقه من الشرائع سواء منهم من قال بأن الحكم فى المسائل ذات الطبيعة الخاصة الدولية لا يكون إلا بتطبيق الشريعة الإسلامية، أى وفق أسلوب القواعد الموضوعية(١)، أم من قال بإمكان تطبيق الشرائع الأجنبية فى هذه الأحوال الشخصية، ذلك أن تفسير أقوال الفقهاء فيما يتعلق بوجوب الرجوع إلى الشرائع الخاصة بغير المسلمين لتحديد صحة بعض الأوصاف، مثلما هو الشأن فى النكاح بغير شهود أو بغير ولى أو أثناء العدة(٢) أو بدون مهر(٣)، أو بالرجوع

---

(١) انظر ص ١٣٤ من هذا المؤلف.

(٢) انظر مثلا شرح فتح القدير. على الهداية شرح بداية المبتدى، طبعة البابى الحلبى، ١٩٧٠، جـ٣ ص ٤١٥.

(٣) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، بند ٢٧، ص ٤٠ ومابعدها وبند ٨٨، ص ١٠٥ وما بعدها.

إلى الشريعة التى يدين بها الموصى لمعرفة من يجوز الإيصاء له، إنما هو تطبيق لقواعد الإسناد التى يلزم قبل التوصل إلى معرفتها وصف العلاقة محل النزاع وهو ما لا يتأتى إلا بتطبيق الشريعة الإسلامية وما تسمح بتطبيقه من شرائع ملية وطائفية باعتبارها قانون القاضى.

وهنا يثور السؤال حول المقصود بالقانون المصرى الذى يرجع إليه القاضى فى التكييف فى وقتنا الحاضر إعمالا للمادة ١٠ من القانون المدنى ؟

والمقصود بقانون القاضى الذى يرجع إليه فى التكييف ، هو القانون المصرى فى جملته أيا كان مصدر القواعد القانونية ؛ فإذا تضمنت النصوص التشريعية تكييفا للمسألة المطروحة التزم القاضى بهذا التكييف فإن لم يكن هناك نص كان عليه أن يلجأ فى التكييف إلى مصادر القانون الأخرى التى حددتها المادة الأولى من القانون المدنى وهى العرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى والعدالة .(١)

ولكن هل يمكن للقاضى الاستئناس بالقانون الاجنبى ؟

للقاضى أن يستأنس بالقانون الأجنبى الذى يتمسك الخصوم بتطبيقه ليكشف عن المعالم الأساسية للعلاقة المطروحة حتى إذا ما تحددت هذه المعالم أمكن ردها إلى طائفة من المسائل القانونية التى خصها المشرع المصرى بقاعدة من قواعد الإسناد.(٢)

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ، الجزء الأول من الأعمال التحضيرية ص ٢٣٣.
(٢) أنظر الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ١٥٦.

على أنه إذا كانت الواقعة المطروحة تتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية التى نظمها المشرع بنصوص خاصة كالميراث والوصية والأهلية والولاية على المال وجب الرجوع الى هذه النصوص فى التكييف بغض النظر عن ديانة الخصوم أما إذا كانت الواقعة المطروحة - متعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق فالرأى السائد هو الرجوع فى تكييفها إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة إلا إذا كان المشرع قد سمح بتطبيق قواعد طائفية أو ملية أخرى بالنسبة لغير المسلمين ، فيرجع إليها فى ضوء المبادئ والأفكار السائدة فى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية.(١)

(١) انظر المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢.

الفصل الثالث

مشكلات تطبيق القانون الأجنبى

لما كان من خصائص قواعد الإسناد التى تضطلع بتحديد القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات الطابع الدولى أنها قواعد مزدوجة الجانب، كان من المحتمل أن تشير إلى تطبيق القانون الوطنى للقاضى أو أن تشير إلى تطبيق قانون آخر أجنبى. فإذا ما أشارت إلى تطبيق قانون دولة القاضى تعين على القاضى الوطنى تطبيق القواعد الموضوعية فى قانونه للتوصل إلى الحل النهائى للنزاع. أما إذا أشارت إلى تطبيق قانون آخر أجنبى فان السؤال يثور حول كيفية التوصل إلى الحل النهائى للنزاع. إذ لا يكفى للتوصل إلى هذا الحل معرفة القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد، بل يتعين تحديد قواعده الواجبة التطبيق. فمن المعلوم أن القانون الاجنبى يتضمن - أسوة فى هذا الصدد بالقانون الوطنى - نوعين من القواعد - قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات الطابع الدولى ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائى للنزاع . ومن ثم يتعين معرفة ما إذا كانت مهمة القاضى الوطنى تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى للتوصل إلى الحل النهائى للنزاع أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضى الوطنى الانصياع إلى ما تقضى به قواعد الإسناد فى القانون الاجنبى.[1] وتلك هى المشكلة الأولى التى يطلق عليها مشكلة الإحالة .

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، ص ١٠٤.

فإذا ما انتهى إلى تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى فقد يواجه بمشكلة أخرى تتلخص فى تعارض القواعد القانونية الأجنبية مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانونى الوطنى للقاضى وهو ما قد يشكل عائق أمامه فى تنفيذ القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد وهى المشكلة المعروفة اصطلاحا بالدفع بالنظام العام . وقد يكون القانون الأجنبى غير مخالف للنظام العام إلا أن تطبيقه قد تم التوصل إليه بموجب قاعدة إسناد غير واجبة التطبيق على الحقيقية ، وإنما طبقت حين ادخل أطراف العلاقة الغش على القاضى بالتغيير فى ضوابط الإسناد بقصد تغيير القانون الواجب التطبيق ، وهنا يواجه القاضى مشكلة أخرى تعرف اصطلاحا بالدفع بالغش نحو القانون.

وسوف نعرض لكل من هذه المشكلات تفصيلا على النحو الآتى:

المبحث الأول : الإحالة (تنازع قواعد الإسناد).

المبحث الثانى : مخالفة النظام العام.

المبحث الثالث: الغش نحو القانون .

المبحث الأول

الإحالة (تنازع قواعد الإسناد[١])

قد يظن أن كل الصعوبات لا محالة زائلة متى وصلنا إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المطروحة أمام المحكمة ولكن هذا بالأسف ظن غير صحيح وذلك لأنه ، بعد أن يتقرر القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ، يصح التساؤل من جديد عن هذا القانون وما المقصود به؟[٢]

ذلك أنه من المعلوم أن القانون الأجنبي يتضمن - أسوة بالقانون الوطني - نوعين من القواعد :

قواعد اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع .[٣]

وقد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى دولة وبخاصة في مواد الأحوال الشخصية ، اذ بينما يخضعها بعض الدول لقانون الجنسية يخضعها البعض الآخر لقانون الموطن . ومتى وجد هذا الاختلاف ، وكانت قواعد الإسناد مزدوجة الجانب ، أي تحدد حالات تطبيق القانون الوطني وكذلك حالات تطبيق القانون

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، طبعة ١٩٥٥، ص ١٣٢، ويلاحظ أن سيادته عالج هذه المسألة ضمن مسائل كيفية إعمال قواعد الإسناد بينما نعالجها هنا ضمن مشكلات تطبيق القانون الأجنبي.
(٢) أنظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف : المرجع السابق ، ص ٢٩٢.
(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٤.

الاجنبـى ، أمكـن وقـوع التنـازع بـين قواعـد الإسـناد فـى القـانون الوطنى وبين قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى.[1]

وقد يأخذ هذا التنازع احدى صورتين :

التنـازع الايجـابى : وفيـه تقرر قاعـدة الإسناد فـى كل مـن القانونين الوطنى والأجنبى الاختصاص التشريعى لقانونها .

ومثـال ذلـك تنـازع قاعـدتى الإسـناد فـى كـل مـن القـانون المصـرى والقـانون البريطـانى بشأن ميـراث مصـرى متـوطن فـى انجلتـرا . إذ تقضـى قاعدة الإسناد فـى القـانون المصـرى بتطبيـق القـانون المصـرى باعتبـاره قـانون جنسـية المتـوفى ، بينمـا تقضـى قاعدة الإسـناد فـى القـانون البريطـانى بتطبيـق القـانون البريطـانى باعتبـاره قـانون مـوطن المتوفى (علـى الأقل بالنسبة للميراث فـى المنقول).

ولا يثير هذا النوع من التنازع أية صـعوبة إذ أن القاضـى لا يأتمر ألا بأمر المشرع الوطنى فى الدولة التى يجلس فيها للقضاء، ومن ثم فلو كان القاضـى مصريا فسيطبق قاعدة الإسناد المصرية وبالتالى يطبق القانون المصرى على ميراث المتوفى رغم توطنـه بـأنجلترا ، أمـا لـو كـان القاضـى انجليزيـا فسوف يطبـق القـانون الانجليزى بالرغم من أن المتوفى يحمل الجنسية المصرية.

التنـازع السـلبى : وفيـه تقـرر قاعـدة الإسـناد فـى كـل مـن القانونين الوطنـى والأجنبى الاختصـاص التشريعى لقـانون القاعدة

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، ط ١٩٨٦ ، ص ١٤١ ، وانظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٠٧ بند ٨٨.

الأخرى أو لقانون ثالث .[١]

ومثال ذلك تنازع قاعدتى الإسناد فى كل من القانون المصرى والقانون البريطانى بشأن أهلية بريطانى متوطن فى مصر. إذ بينما تقضى قاعدة الإسناد فى القانون الانجليزى بأن الحكم فى الأهلية يكون من شأن قانون موطن الشخص ، وبالتالى يكون القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون موطنه ، نجد قاعدة الإسناد فى القانون المصرى تقضى بخضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته ، أى أن القانون الانجليزى هو القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى جنسيته البريطانية .

وظاهر من هذا المثال أن كل قاعدة من قاعدتى الإسناد المتنازعتين تلقى الاختصاص بحكم العلاقة على قانون القاعدة الأخرى. إلا أن هذا لا يحدث دائما وإنما قد يحدث أن تلقى احدى هاتين القاعدتين الاختصاص بحكم العلاقة على قانون القاعدة الأخرى فتلقيه هذه بدورها على قانون ثالث .

ومثال ذلك أن يعرض على القاضى المصرى نزاع فى أهلية بريطانى متوطن فى ايطاليا ، وهنا تقضى قاعدة الإسناد فى القانون المصرى بتطبيق القانون البريطانى باعتباره قانون جنسية الشخص ، بينما تقضى قاعدة الإسناد فى القانون البريطانى بتطبيق القانون الايطالى باعتباره قانون موطن الشخص .

فمن هذه الأمثلة يتضح أنه فى حالة التنازع السلبى فيما بين قواعد الإسناد تتلخص المشكلة فى السؤال الآتى: إذا عرض نزاع

---

(١) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ١٤٢.

على قاض وقضت قاعد الإسناد فى قانونه بتطبيق قانون اجنبى معين ، ولكن هذا القانون رفض حكم العلاقة (بمقتضى قواعد الإسناد فيه) وأحالها على قانون ذلك القاضى مرة أخرى أو على قانون أجنبى آخر، فهل يقبل ؟

والواقع أن البت فى هذه المسألة أمر جوهرى ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضا من الناحية العملية نظرا لما قد يترتب على ذلك من تغير فى الحل النهائى للنزاع .[1]

وقد أثارت هذه المشكلة خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء بحيث وجد اتجاهين فى هذا الشأن .

إذ ذهب فريق أول إلى أنه يتعين على القاضى وهو يطبق القانون الاجنبى المختص بحكم العلاقة (وفقا لقاعدة الإسناد فى قانونه) أن يبدأ بقواعد الإسناد فيه ويأخذ بما تقضى به من إحالة حكم العلاقة إلى قانونه (أى قانون القاضى) أو إلى أى قانون اجنبى آخر ، وهؤلاء هم أنصار فكرة الإحالة - التى هى فى حقيقتها - إسناد من القانون الأجنبى لقانون القاضى الذى ينظر النزاع أو لقانون آخر .[2]

بينما يذهب فريق آخر إلى أنه يتعين على القاضى تطبيق القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة فى قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه[3] ، وهؤلاء هم رافضى فكرة الإحالة.

وبعبارة أخرى، اختلفت وجهة النظر بشأن حل التنازع بين

(١) الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٤.
(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٣.
(٣) المرجع السابق .

قواعد الإسناد على وجهين :

الأول: أن يصرف النظر كلية عن حكم قاعدة الإسناد الأجنبية ، فيطبق القاضى القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد فى قانونه الوطنى .

والثانى: أن نعتبر حكم قاعدة الإسناد الأجنبية فنخضع العلاقة للقانون الذى تشير إليه هذه الأخيرة وإن أدى ذلك إلى حل النزاع على وجه مخالف لما كان سينتهى إليه.

وعلى ذلك يعرف البعض فكرة الإحالة بأنها "تلك الفكرة التى تقضى بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا".(١)

ويعرفها البعض الآخر بأنها "تلك النظرية التى تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الإسناد فى التشريع الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية ، متى كانت أحكام الإسناد مختلفة فى التشريعين.(٢) ونحن نفضل التعريف الأول لدقة ألفاظه وتعبيره الدقيق عن المشكلة.

ونظرية الإحالة قديمة طبقتها المحاكم فى مختلف البلدان من عهد بعيد، ومع ذلك فلم تبدأ عناية الفقه ببحثها بشكل واضح الا فى سنة ١٨٧٤ على اثر صدور حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية اشتهرت بقضية فورجو Forgo وتتلخص ظروف هذه

---

(١) وهو تعريف الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٤.
(٢) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧.

القضية فى أن "فورجو" وهو ولد طبيعى متمتع بالجنسية البافارية أقام فى فرنسا منذ سن الخامسة حتى وفاته تاركا وراءه ثروة منقولة جديرة بالاعتبار بغير وارث ظاهر، فطالبت الحكومة الفرنسية بتركته باعتبارها مالكة للأموال التى لا مالك لها وفقا للمادة ٧١٣ مدنى فرنسى، ونازعها فى ذلك حواشى المتوفى الطبيعيون (وهم الأخوة والأخوات والأعمام والعمات). فلما عرض الأمر على المحاكم الفرنسية وجدت أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع الميراث فى المنقولات لقانون موطن المتوفى ، والمتوفى هنا، لم يكتسب موطنا فى فرنسا اذ ظل محتفظاً بموطنه القانونى فى بافاريا فلم يطلب اذنا بالتوطن فى فرنسا. وعلى ذلك فالقانون البافارى هو الواجب التطبيق، ولكن التساؤل الذى ظهر أن ذاك كان هو : فى أى جزء من أجزائه ، هل تطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث أو قواعد تنازع القوانين التى تقرر أن الميراث فى الأموال المنقولة يتم وفقا لقانون الموطن الفعلى للمتوفى، وهو هنا فرنسا، اذ لم يكتسب فيها موطنا قانونيا كما قدمنا . فإذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون البافارى فنكون قد احترمنا قاعدة التنازع الفرنسية ، ولكن اذا طبقنا القانون الفرنسى فأننا نكون قد أخذنا بنظرية الإحالة، وغلبنا حكم قاعدة الإسناد الأجنبية على قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا هو ما انتهى إليه حكم محكمة النقض الفرنسية .[1]

---

(١) Cass. Civ. 24 Junin 1878 et Cass. Req. 22 Fev. 1882 (Forgo) Grands arrêts, op. cit., no 7-8, P. 52.

وهناك تطبيقات أحدث لنظرية الإحالة فى القضاء الفرنسى منها:

واذا كانت الاحالة فى المثل السابق الذكر قد أدت إلى تطبيق قانون القاضى. مما كان لـه بلاشك أثره فى قبول المحكمة لفكرة الإحالة الا أن منطق هذه النظرية قد يؤدى كذلك كما سبق البيان إلى تطبيق قانون دولة ثالثة بدلا من قانون القاضى. فلو فرضنا أن الموطن الفعلى للمتوفى فى قضية فورجو السالفة الذكر وجد بانجلترا لتعين حينئذ تطبيق القانون الانجليزى بدلا من قانون القاضى.(١)

وإذ أثارت هذه القضية كثير من الجدل الفقهى وانقسم الفقهاء بشأنها إلى فريقين .

نـــرى أن نعرض لرأى كل فريق وأدلته فى مطلب مستقل فيمايلى:

المطلب الأول

تطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى

لما كانت قاعدة الإسناد الوطنية تقتصر على الإشارة الى القانون الواجب التطبيق دون أن تعنى بتحديد ما إذا كان المقصود بهذه الإشارة هو قواعد الإسناد فى هذا القانون أم القواعد الموضوعية فيه، فقد رأى فريق من الفقهاء أن هذه الإشارة يجب أن تفهم على أنها إسناد اجمالى للقانون الاجنبى ، بمعنى أنه يتعين على القاضى ، إذا ما أشارت قاعدة الإسناد فى قانونه إلى قانون

Cass. Ch. Civ., 7 Mars 1938 De Marchi, Rv. Crit., dr. int. pr. 472 note Batiffol et Grands arrêts, op. cit., no. 16, P. 125.

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٦.

اجنبـى معـين ، البـدء بتطبيـق قواعـد الإسـناد فـى هـذا القـانون.[١] وتطبيق القانون الذى تشير إليه.

الأسانيد المؤيدة للأخذ بالإحالة :

استند أنصار هذه النظرية إلى العديد من الحجج أهمها :

١ - احترام إرادة المشرع الأجنبى :

إذ أن لكـل دولـة الحريـة فـى تطبيـق القـانون الأجنبـى فـى الأحوال وفى الفروض التى تراها مناسبة[٢]. فإنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التى يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم إرادة هذه الدولة. أى بشكل مخالف لقواعد الإسناد التى أصدرها المشرع فى هذه الدولة .[٣]

فكمـا أسـلفنا بـشأن خـصائص قواعـد الإسـناد أنهـا قواعـد مزدوجـة الجانـب ومـن ثـم فهـى التـى تتكفـل بتحديـد مجـال تطبيـق القواعد الموضوعية فى القانون الوطنى للقاضـى المعروض عليه النـزاع ، ومجـال تطبيـق القـوانين الأجنبيـة بـشأن العلاقـات ذات العنصر الأجنبى. وكما يصدق هذا الوصف بالنسبة لقاعدة الإسناد فـى قـانون القاضـى يـصدق بالنـسبة لقاعـدة الإسـناد فـى القـانون الاجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد فى القانون الأول ، لأن التـشريع الاجنبـى يكـون فـى الحقيقـة وحـدة لا تتجـزأ تتركـب مـن قواعـد الإسـناد والقواعـد الموضـوعية ، فـإذا قـضت هـذه القواعـد

---

(١) انظر المرجع السابق ، ص ١٠٧.

(٢) انظر :

Niboyet: Cours......, Précité, 475.

وكذلك : الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٣) انظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٢.

الأولى بالإحالة فلا مناص من أتباعها.(١) ومن ثم لا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى إلا إذا كانت قواعد الإسناد الأجنبية تسمح بتطبيقها، وهو ما يعبر عنه البعض بأن "القواعد الموضوعية مرتبطة فى تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله".

٢ - عدم إهدار مبدأ اختصاص القانون الاجنبى بحكم النزاع:

"يذهب أنصار نظرية الإحالة إلى حد القول بأنه أذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى بالرغم من أن قواعد الإسناد فى هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مُختصة بحكم العلاقة فأننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصاص هذا القانون الاجنبى بحكم النزاع كما أقرته له قواعد الإسناد فى قانوننا . ذلك أن تطبيق القاضى الوطنى للقانون الأجنبى فى غير الحالات التى يرى المشرع الأجنبى إخضاعها لحكمه ينطوى على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته . فكأن القاضى حينئذ قد طبق قانونا آخر غير ذلك الذى تقضى قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه ، كما أن ذلك يعد تدخلا من القاضى الوطنى فى وظيفة المشرع الأجنبى إذ أنه يحدد للقانون نطاقا لا يجيزه هذا المشرع وفى ذلك اعتداء على حق الدولة الاجنبية فى تحديد سيادتها التشريعية".(٢)

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ٢٠٩-٢١٠ . وراجع حكم محكمة النفض الفرنسية فى قضية فورجو الصادر فى ٢٤ يونية ١٨٧٨ . والدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، الطبعة التاسعة ، ١٩٨٦ ، ص ١٥١.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٨.

٣ - توحيـــد الحلـــول فـــى المنازعـــات ذات العنـــصر الأجنبى :

فالإحالة هى السبيل إلى تحقيق الاتساق القانونى وتوحيد الحلول فى المنازعات إذا ما عرض النزاع أمام محاكم الدول المختلفة. "إذ لو حكم القاضى الوطنى طبقا لقانونه الخاص به بغير مراعاة لنصوص القانون الأجنبى فإن حكمه يتمتع بقوته فقط فى داخل حدود بلاده، حتى إذا ما أريد الاحتجاج به فى الخارج، وعلى الأخص أمام محكمة ذلك القانون الاجنبى ، فإنه لا يعتد به لأنه طبق قانونا مخالفا لما تقضى به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، وكذلك لا يكون للحكم أية قيمة فى البلاد الأخرى التى تأخذ بنفس المبدأ".(١)

أمـــا إذا قبـل القاضـــى بالإحالـــة، فـسيعطى النـــزاع ذات الحـل الـذى سـيأخذ بـه القاضـــى الأجنبـى لـو كـان قـد طـرح النـزاع عليـه. وبـذلك لا يختلـف الحـل الـذى يلقـاه النـزاع تبعـا للمحكمـة التـى يطـرح عليهـا، ومـن ثـم تتوحـد الحلـول فـى مجـال المعاملات الدولية.(٢)

٤ - تسهيل تنفيذ الأحكام :(٣)

وتتصل هذه الحجة بسابقتها، ومؤداها أن من شأن الأخذ بالإحالـة تـسهيل تنفيذ الأحكـام التـى تـصدر فـى المنازعـات ذات

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٢، وانظر:
J.P. Niboyet: Cours de droit international , no. 495
(٢) انظر عرض الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٨.
(٣) فى عرض هذه الحجة :
Niboyet: op. cit., no. 495.

العنصر الأجنبى عن طريق الحصول على الأمر بالتنفيذ من قضاء الدولة المراد التنفيذ فيها، فضلا عن قضاء الدولة التى أصدرته .

إذ أن الدولة قد تشترط لتنفيذ الأحكام أن يكون القاضى الأجنبى قد أعمل قاعدة الإسناد التى يقضى بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.(١)

مثال ذلك أننا لو أخذنا "بالإحالة التى يشير بها القانون الاجنبى (الانجليزى مثلا) وأريد تنفيذ الحكم فى انجلترا فأن المحاكم لا تتردد فى إعطاء الأمر بالتنفيذ لأن هذا هو الحل الذى يوافقها".(٢)

المطلب الثانى

تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى

ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى رفض نظرية الإحالة وأنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبى معين ، فإن المقصود هو تطبيق الأحكام الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون(٣).

---

(١) المرجع السابق، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٥٥، ص ١٣٠.

(٢) الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٣.

(٣) فى تأييد رفض فكرة الإحالة انظر فى الفقه المصرى الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣١، الدكتور جابر جاد، المرجع السابق، ص ٦٣٢ - ٦٣٣، الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص ١٠٩، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٩٥، ٢٠٣.

وبعبارة أخرى "فأنه يتعين على القاضى الوطنى القيام بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه . فالإسناد إلى القانون الأجنبى هو إسناد موضوعى ، اى إسناد إلى القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى وليس إسنادا إجماليا".(١)

أسانيد الرافضين للإحالة :

١ - انتهاك السيادة الوطنية :

يؤدى الأخذ بنظرية الإحالة إلى المساس بالسيادة ، ذلك أن "قواعد تنازع القوانين فى كل بلد إن هى إلا قواعد وطنية قبل كل شيء، ومازالت بعيدة عن أن تكون عالمية ، وهى ترمى فى الواقع إلى تحديد سلطان القانون الوطنى بالنسبة للإقليم وللأشخاص ، كما أنها تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبى".(٢)

فالمشرع الوطنى "وهو يضع قواعد الإسناد إنما يرسم حدود سيادة القانون الوطنى ، وعليه فأن تعطيل هذه القواعد بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى معناه المساس بهذه الحدود والانصياع لأمر المشرع الأجنبى".(٣) "وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الإسناد والغرض من وجودها".(٤)

٢ - عدم استقرار المراكز القانونية :

فالإحالة قد تؤدى إلى الوقوع فى حلقة مفرغة ، او إلى

---

(١) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٤ ، ص ١١٠.
(٢) الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٥.
(٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ط ١٩٨٦، ص ١٥٣.
(٤) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١١١.

توالى الإحالة تواليا لا نهاية لـه ، وهو ما يؤدى إلى القلق وعدم الاطمئنان مقدما على القانون الذى يختص بحكم العلاقة مما يؤثر فى استقرار المعاملات".[(١)] ومن ثم ففى الأخذ بنظرية الإحالة "مخالفة لأبسط المبادئ القانونية التى تقضى بضرورة الاطمئنان والاستقرار فى المراكز القانونية.[(٢)]

إذ تؤدى الإحالة إلى أن يصبح ذوى الشأن فى العلاقة القانونية غير قادرين على التنبؤ بالحل الذى يمكن أن ينتهى إليه النزاع .

وعلى ذلك فلا سبيل للخروج من الحلقة المفرغة وبالتالى تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية إلا بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد ، أى إهدار نظرية الإحالة .

٣ - الرد على أسانيد أنصار نظرية الإحالة :

لم يجد الرافضين لنظرية الإحالة صعوبة فى الرد على الحجج التى استند اليها أنصارها.

أ - فبالنسبة إلى الاحتجاج بوجوب احترام إرادة المشرع الاجنبى وعدم إهدار مبدأ اختصاص القانون الاجنبى بحكم النزاع، فأن قواعد الإسناد هى قواعد ذات صبغة وطنية، بمعنى أنها خاصة بكل دولة على حدة، فهى التى تبين مدى تطبيق القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الاجنبى.

---

(١) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٣.
(٢) أنظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ، والدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٣١٤.

فإذا أشارت بتطبيق قانون أجنبى فأنها لا تهتم بما تقول به قواعد الإسناد فى هذا التشريع، بل ترمى فقط إلى تطبيق قواعده الموضوعية التى فضلتها على القواعد الموضوعية الوطنية.[١]

كما أن القول بأن القانون الأجنبى كلا لا يتجزأ قول يصح من باب أولى بالنسبة للقانون الوطنى وعلى ذلك فعندما يقبل القاضى الإحالة من القانون الأجنبى إلى قانونه (بتطبيق قواعد الإسناد فى الأول) يتعين عليه أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فى قانونه، وهى تقضى بتطبيق القانون الأجنبى[٢].

هذا فضلا عن أن القاضى الوطنى لو التزم بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى (إعمالا لنظرية الإحالة) فأنه سيكون بذلك قد آتمر بأمر المشرع الاجنبى. بينما من واجبه احترام إرادة المشرع الوطنى وحده ومن ثم وتطبيقا لقاعدة الإسناد الوطنية لا يطبق من القانون الأجنبى إلا قواعده الموضوعية فحسب .

ب - أما عن القول بتوحيد الحلول فهو مردود بدوره "فالأخذ بالإحالة ليس من شأنه فى واقع الأمر توحيد الحلول إلا إذا أخذ فريق من الدول بالإحالة دون الفريق الآخر . أما أذا أخذت جميع الدول بالإحالة - وهذا هو المفروض إذا كانت النظرية سليمة - فأن القوانين المطبقة ستختلف من دولة إلى أخرى . فلو فرضنا مثلا أن كل من المشرع الفرنسى والمشرع الانجليزى يأخذ بالإحالة فان القاضى الفرنسى المطروح عليه نزاع فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأحد الانجليز المتوطنين

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٠-٢١١.
(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٥٥، ص ١٣٠.

بفرنسا سيطبق قانون الجنسية أى القانون الانجليزى الذى سيحيل إلى قانون الموطن وهو القانون الفرنسى. وذلك فى حين أن القاضى الانجليزى الذى قد يطرح عليه نزاع مماثل سيطبق قانون الموطن وهو القانون الفرنسى الذى يحيل إلى قانون الجنسية وهو القانون الانجليزى . وبذلك نرى أن الأخذ بالإحالة فى كل من الدولتين لم يؤد إلى توحيد الحلول ، بل أدى إلى تطبيق القاضى الانجليزى لقانون غير ذلك الذى طبقه القاضى الفرنسى . ويرد أنصار الإحالة على ذلك بأن المشاهد أن الدول لا تأخذ جميعها بالإحالة وأنه إذا ما أخذت أحد الدولتين فقط بالإحالة فأن ذلك سيؤدى إلى توحيد الحل بين الدولتين. ولكن إذا كانت الفائدة المرجوة من الإحالة لا تتحقق ألا اذا طبقت من جانب واحد فان فى ذلك القضاء عليها باعتبارها نظرية عامة".(١)

ج - أما عن القول بأن للإحالة أهميتها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية. فيمكن الرد عليه بأن هذا يفترض أن "تنفيذ الحكم سيتم حتما فى الدولة التى أشارت قاعدة الإسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانونها". مع أن الحكم قد يتم تنفيذه فى "أية دولة يتبين للمدعى أن من مصلحته تنفيذه فيها". كما يفترض هؤلاء "أن الدولة المراد تنفيذ الحكم بها تشترط صدوره وفقا لقواعد الإسناد التى يقضى بها قانونها ، فى حين أن مثل هذا الشرط ليس له وجود ألا فى النادر من التشريعات ، وهو شرط آخذ فى

---

(١) انظر عرض هذا النقد الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١١٢، وكذلك:
J. Niboyet: op. cit., no. 495.
وكذلك:
G. C. Cheshire: Private international law, Oxford. 1961, P. 91.

الزوال". [١]

المطلب الثالث

موقف الفقه والتشريع من فكرة الإحالة

كما اختلف الفقهاء بشأن فكرة الإحالة اختلف موقف المشرع من دولة إلى أخرى: فمنهم من رفض فكرة الإحالة بنص صريح كالمشرع المصرى بالمادة ٢٧ من القانون المدنى التى نصت على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص[٢]. والمشرع الايطالى بالمادة ٣٠ من القانون المدنى الصادر عام ١٩٤٢ والمشرع اليونانى بالمادة ٣٢ من القانون المدنى لسنة ١٩٤٦ والمشرع السورى بالمادة ٢٩ من القانون المدنى لعام ١٩٤٩ والمشرع الكويتى بالمادة ٧٢ من القانون المدنى.

ومنهم من قرر قبول فكرة الإحالة مثل المشرع الالمانى بالمادة ١/٤ من القانون الدولى الخاص الصادر عام ١٩٨٦ والمشرع السويسرى بالمادة ١٤ من مجموعة القانون الدولى الخاص الصادرة عام ١٩٨٧.

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وكانت قد صدرت قبل صدور القانون المدنى الحالى أحكام عن القضاء المختلط مطبقا فيها فكرة الإحالة. من ذلك حكم استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ مجلة التشريع والقضاء للمحاكم المختلطة ٢٦ ص ٢٢٥ أشار إليه الدكتور عبد الحميد ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ . والحكم الصادر عن نفس المحكمة فى ٣٠ ابريل ١٩٢٥ منشور فى Cluent سنة ١٩٢٦ ص ٢٠٩. وكذلك حكم محكمة المنشية الجزئية فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ منشور فى مجلة المحاماة ، العدد السابع ص ٦٢٨.

وفى تقدير هذه النصوص التشريعية انقسم الفقهاء إلى فريقين:

الأول: يمدح موقف المشرع المصرى ومن شابهه على أساس أن منطق الإحالة قد يؤدى إلى حلقة مفرغة تثير صعوبات عملية من العسير تلافيها، وأن الإحالة تفتقد إلى حد كبير للأساس النظرى السليم، وأن مؤيدى الإحالة إنما يتلمسون تبريرا فقهيا لحلول قضائية ربما كان الدافع إليها الرغبة فى تطبيق القانون الوطنى لتحقيق مصلحة وطنية معينة أو لعدم التصدى للصعوبات العملية التى تحيط تطبيق القانون الأجنبى[١].

والثانى: ينتقد مسلك المشرع المصرى ومن شابهه مطالبا بتعديل هذه النصوص لتجيز الأخذ بالإحالة لاسيما الإحالة من القانون الأجنبى إلى القانون الوطنى للقاضى[٢] أو ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى وخصوصا إذا ما كانت لا تخالف توقعات الأطراف. وسندهم الأساسى هو أن السيادة الإقليمية هى الأصل فى سلطان القانون[٣]. وأن تطبيق القاضى لقانونه الوطنى إنما يأتى بعد رفض القانون الأجنبى الاختصاص بالفصل فى النزاع[٤].

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٠٢، وفى الفقه الأجنبى مقال:
H. Lewald : La théorie du renvai, RCADI, 1929, Vol. 29, P. 530 Spec. P. 615.
G.C. Cheshire: op. cit., P. 91.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، ط ١٩٥٥، ص ١٣٧.

(٣) المرجع السابق، وننوه إلى أن هناك نظريات أخرى فى تأسيس الاتجاه إلى قبول الإحالة منها نظرية التفويض ونظرية الإسناد الاحتياطى ولا مجال لعرضهم هنا.
انظر عرض هذه النظريات الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٤٩ - ٤٥١.

(٤) Niboyet: op. cit., P. 482.

وإذ لا تصمد هذه الأسانيد أمام النقد نظرا لأن المشرع الوطنى إذ يأمر بتطبيق قانون أجنبى معين لا ينظر لاعتبارات المجاملة أو السيادة وإنما إلى أن هذا القانون هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم المسألة المعروضة، وأكثرها تحقيقا للعدالة من وجهة نظره(١)، فقد حاول البعض الآخر الاستناد إلى أسانيد أخرى لتبرير قبول الإحالة من أهمها أن الحكمة التى تتوخاها قواعد الإسناد هى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد التنازع الأجنبية، أى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة. وأن الرجوع إلى قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى لا يقع دون إرادة المشرع الوطنى، إذ هو الذى حدد القانون المختص بحكم العلاقة ابتداء ومن ثم فإن استشارة قواعد التنازع فى هذا القانون هى ضرورة يفرضها التنسيق اللازم بين النظم المتنازعة لحكم المسألة المعروضة(٢).

إمـا إذا أدى تطبيـق قـانون القاضـى إلـى إخـلال صـارخ بتوقعات الأطراف، كما هو الشأن فى مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة إذا كان الأطراف أوربيين والقانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية فحينئذ يجب رفض الإحالـة ولـو كانـت مـن

---

(١) انظر :
H. Batiffol: Traité elementaire de droit international privé, 3 em ed. 1959. no. 304.

(٢) Ibid. P. 349 - 350 Louis - Lucas: Vue simplifiée du renvoi, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1964, P. I Spec. P. 3.
وانظر عرض المسألة عند الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٥، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٥٠.

الدرجة الأولى[١].

وكما يجوز الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى مراعاة للهدف المتوخى من وضع قاعدة الإسناد يجوز الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إذا ما تطابقت قاعدة الإسناد فى كل من الدولة المحلية والدولة التى تمت الإحالة إلى قانونها[٢]، كما لو عرض القضاء المصرى نزاع يتعلق بأهلية بريطانى متوطن فى الولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن إعمال قاعدة الإسناد المصرية سترشد إلى وجوب تطبيق القانون البريطانى (قانون الجنسية عملا بالمادة ١١ من القانون المدنى المصرى) إلا أن استشارة قواعد التنازع فى قانون الجنسية يؤدى بنا إلى تطبيق قانون الموطن الذى بدوره يتضمن قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون الموطن أى القانون الأمريكى. وهو ما يعنى أن نظامين قانونيين قد اتفقا على أن النظام الأمريكى هو الأقرب صلة بالعلاقة.

(١) انظر فى تأييد هذا الاتجاه الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ١١٩.

(٢) انظر :

H. Batiffol et P. Lagarde Droit international privé, 5eme ed. T.I, 1970. no 307 - 308.

وعرض الفكرة عند الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٩.

المبحث الثانى

مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام

المطلب الأول

مضمون فكرة الدفع بالنظام العام

بدأت فكرة النظام العام تعرف منذ أن ظهر فقه الأحوال الإيطالى القديم حيث فرق الفقيه "بارتول" فى العصور الوسطى بين الأحوال أو القوانين الملائمة والأحوال أو القوانين المستهجنة[١].

فالقوانين الأخيرة لا تطبق إلا حيث صدرت ولا يمكن أن تمتد إلى خارج الإقليم الذى صدرت فيه. ثم استخدمها الفقيه الايطالى P.S. Mancini فى القرن التاسع عشر ليعلل تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً خروجا على نظريته التى أكد فيها مبدأ شخصية القوانين[٢]، مبرزا الفكرة باسمها الحالى.

وفى اتجاه آخر أبرز الفقيه الألمانى "فريدريك سافينى" فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق – عند

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٨٦، ص ٥٢٧-٥٢٨، بند ١٤٤، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٢) فى نقد استخدام فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة فى التنظيم الحالى للتنازع، انظر المرجع السابق، ص ٢٧٦-٢٧٧.
وقارن مع ذلك بصفة عامة الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص- انعقاد الاختصاص لقانون القاضى- أحالة لا استثناء – فيما يخص المسائل التى تتعلق بالنظام العام، دار النهضة العربية ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

شرحه لفكرته عن وجوب الاشتراك القانونى بين الدول[١] لتبرير تطبيق القوانين الأجنبية – فيما لو تبين للقاضى انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع.

فقد استخلص الفقهاء من بعد ذلك أن النظام القانونى لكل دولة يتضمن قواعد خاصة مستقلة بذاتها يطلق عليها قواعد النظام العام وأن هذه القواعد أقوى من قواعد الإسناد، بدليل أنه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد تتغلب الأولى على الثانية[٢].

ويتحصل المفهوم الأصلى لهذه الفكرة فى مجموعة القواعد القانونية التى لا تتسامح دولة القاضى فى الخروج على أحكامها، وذلك سواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية خالصة الطابع الوطنى أو تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع دولى، وأيا ما كانت درجة صلة العلاقة الأخيرة بهذه الدولة[٣].

ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الخروج على أحكام مثل هذه القواعد من شأنه أن يستثير الإحساس بالاستهجان العام فيها. ويتعارض مع الأسس التى يقوم عليها المجتمع ويخدش الشعور العام فيه، ويخالف الأفكار الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع الأعلى فى مجتمع القاضى لاسيما فى علاقات الأحوال الشخصية، فعندئذ يتحتم على القاضى أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى

---

(١) يتخلص مفهوم فكرته المشار إليها فى أن هناك اشتراك فى الفكر القانونى بين النظم القانونية التى يعمل بها فى الدول المتمدينة وإن كان يقصد بها آنذاك دول العالم الأوربى المسيحى.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٣) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ص ٦.

رغم إشارة قاعدة الإسناد إليه باعتباره القانون الأقرب صلة للعلاقة.

المقارنة بين النظام العام والقواعد الآمرة :

"استخدم الفقهاء فكرة النظام العام لتحقيق معانى مختلفة، فى العلاقات الداخلية وفى العلاقات الخاصة الدولية . ذلك أن المشرع الفرنسى طالع اللغة القانونية، ولأول مرة على ما يظهر ، باصطلاح "النظام العام" الذى ورد فى بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى، ولاسيما نص المادة /٦ الذى يقضى بأنه "لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب". والحقيقة أنه كان يقصد بذلك القوانين الآمرة[١] التى لا يجوز للأفراد مخالفتها .

على أن فقهاء القانون الدولى الخاص قد التقطوا بدورهم فكرة النظام العام واعملوها فى ميدان تنازع القوانين.[٢] سواء عند صياغة قاعدة الإسناد "لإيجاد أساس للاستثناء من قاعدة امتداد القوانين[٣] عند من يقول بها، أو لتبرير كافة الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص لقانون القاضى" او لإيجاد مبرر "لتعطيل تطبيق القانون الاجنبى الذى عينته قواعد الإسناد متى كانت أحكامه غير مقبولة فى بلد القاضى .[٤]

---

(١) بالمقابلة للقوانين المكملة أو المفسرة "Facultatives" .

(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٢٩-٥٣٠.

(٣) وفق نظرية شخصية القوانين التى ابتدعها الفقه مانشينى ، انظر فى ذلك الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٧٥-٢٨٠. بشأن قوانين الأمن المدنى . مثل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية والمسئولية التقصيرية.

(٤) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٣٥.

والحقيقة أنه يمكن تحديد العلاقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى فى ثلاث نقاط أساسية هى :

١ - اختلاف الوظيفة :

يبنى فقهاء القانون الدولى الخاص التفرقة بين مفهوما النظام العام الداخلى والدولى على "اختلاف الوظيفة التى يقوم بها النظام العام فى مجال القانون الداخلى عن تلك التى يقوم بها فى مجال القانون الدولى الخاص.

فبينما تتكفل فكرة النظام العام فى القانون الداخلى ، "باعتبارها قيداً على سلطان إرادة الأفراد"[١] بإبطال ما يتفق عليه الأفراد بالمخالفة للقواعد الآمرة فأنها "تتكفل فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى باستبعاد القانون الأجنبى بالرغم من أنه هو الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقواعد الإسناد بسبب تعارضه مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى"[٢].

وواضح أذن أن هناك اختلاف فى نتيجة أعمال هذه الفكرة فى مجال القانون الداخلى عنها فى مجال تنازع القوانين . فالنظام العام فى القانون الداخلى يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية فهو شق فيها ومؤكد لها، أما فى تنازع القوانين فهو مدافع عن القواعد القانونية الوطنية حيث يعترض به على تطبيق أحكام القانون الأجنبى التى تتنافى مع المبادئ والقيم الاقتصادية والاجتماعية

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع .... ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨١.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره، ص ١١٩ ومابعدها.

والسياسية لمجتمع الدولة. فالنظام العام هنا رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق ومن شأنه تغيير الاختصاص التشريعي ليحل محل القانون الاجنبي الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية قانون آخر لم يكن هو المختص أصلا بحكم النزاع.(١)

٢ - اختلاف النطاق :

يشير الفقهاء "إلى أن النظام العام الداخلي هو الأصل ، أما النظام العام في تنازع القوانين فهو فرع منه" ، وأنه "نظراً لخصوصية تنازع القوانين واتصاله بعلاقات الأفراد وحركة التجارة عبر الحدود، فأن مقتضيات النظام العام فيه تنكمش وتضيق عنها في مجال القانون الداخلي".(٢) لاسيما وأن أعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين "يؤدي إلى قطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية ولعلاقات الأفراد في المجال الدولي، بتعطيلها لقاعدة الإسناد التي تتكفل بتنظيم هذه المعاملات"(٣) وهو ما يخرج بالضرورة عن توقعاتهم المشروعة.

ومن ثم يتفق الفقهاء على أن كل ما يعتبر من النظام العام في مجال تنازع القوانين يعد حتما جزء من النظام العام الداخلي والعكس غير صحيح.(٤)

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٨٢ ؛ والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ١٢٠.
(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٨٢،
(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٠.
(٤) أنظر المراجع المشار إليها بالهامش السابق .

٣ - الاتفاق فى الهدف :

على الرغم من الاختلافات السابقة إلا أن هناك أتفاق بين كل من النظام العام فى المجال الداخلى والنظام العام فى مجال تنازع القوانين من حيث النتيجة التى يحققها كل منهما، ذلك أن كلاهما يرمى إلى تحقيق مطلب رئيسى واحد "هو حماية النظام القانونى الوطنى وتدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها أم عن طريق استبعاد القوانين الاجنبية"[١] التى تصطدم بالأسس والمبادئ التى يقوم عليها مجتمع الدولة.

وإذ اتضحت أهمية الهدف الذى ترمى إليه التشريعات بتطبيق فكرة النظام العام فى مجال تنازع القوانين ، فنن المشرع المصرى هذه الفكرة بنص صريح فى المادة /٢٨ من القانون المدنى التى تقرر أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر".[٢]

أثر الدين على مضمون فكرة النظام العام فى الدول الإسلامية:

على الرغم من أنه لم يعد للدين الآن فى معظم الدول

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢١.

(٢) فى تطبيق هذا النص أنظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١٩٧٧/١/١٩ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق - مج أحكام النقض الصادرة عن الدائرة المدنية - السنة/٢٨ جزء أول ص ٢٧٦.وكذلك حكمها الصادر فى ١٩٧٩/٦/٢٠ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق أحوال شخصية أجانب - مج أحكام النقض - الدائرة المدنية - السنة /٣٠ ، ص ٧٢٢ وما بعدها. فى حكم بشأن التنازع الداخلى بين الشريعة الإسلامية والشرائع الملية لغير المسلمين .

الغربيـة أهميـة فـى القـانون الـدولى الخـاص ، بـل ولا فـى القـانون الـداخلى ، فـلا شـأن لــه لا فـى تعيين اختـصاص المحـاكم ولا فـى اختيار القـانون الذى تقضى بـه فيمـا يرفـع إليهـا من الدعـاوى. ولا يعتد فى هذه البلاد بالفوارق الدينية بين الأفراد التى يقررها قانون أجنبى. وعلى الخصوص من حيث تأثيرها فى حقوقهم الخاصة، ومن ثم فإن اختلاف الدين بين مسلمة وغير مسلم لم يكن بمانع من موانـع الـزواج فـى دولـة أجنبيـة كبريطانيـا[1]. إلا أن الأمـر علـى خلاف ذلك فى مصر والبلاد الإسلامية إذ لا يزال للدين فيها أهمية كبيرة لاسيما فى مسائل الأحوال الشخصية.

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقضى بأن يخضع غير المسلمين المقيمين فـى دار الإسلام من ذميين ومستأمنين لأحكام الإسـلام فـى المعـاملات تطبيقـا للمبـدأ المعـروف "بمبـدأ إقليميـة القوانين، أى سريانها على كل من يقيم فى الإقليم، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فى الشريعة الإسلامية، إذ تخرج من تطبيقه طبقا للرأى الراجح – المعاملات الخاصة بالذميين التى لا يتعدى ضـررها أو شـرها إلـى المسلمين كالأنكحة وشـرب الخمـر، إذ يعامل فيها أهل الذمة – والأجانب – بأحكام دينهم[2]. هذا فضلا

---

(١) انظر الدكتور على الزينى، القانون الدولى الخاص المصرى والمقارن، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد ، طبعة ١٩٢٨ ص ٥٣٧ ، وانظر :
J. Valery: Manuel de droit international privé Paris, 1914, P. 581.
ومع ذلك فإذا كان عقد الزواج حاصلا فى نفس البلد الذى يقر الفارق الدينى فيمكن أن ينتج أثره فى بريطانيا من طريق غير مباشر ، لأن الفارق الدينى سيمنع من انعقاد عقد الزواج فى البلد الذى عقد فيه (كما لو حصل فى مصر بين مسلمة وغير مسلم) إذ ستضطر المحاكم الانجليزية إلى عدم اعتباره زواجا لأنه لم ينعقد أو لم يوجد أصلا.

(٢) انظر كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ، طبعة مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة ١٤١٦هـ

عن أن مبدأ إقليمية القوانين أى تطبيق الشريعة الإسلامية لا يمتد إلى العقائد والعبادات ، إذ ترك لغير المسلمين أن يتبعوا عقائدهم فيها.

فهل معنى هذا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت ضمن نظامها القانونى ما يطلق عليه الآن الدفع بالنظام العام؟.

الحقيقة أنه لا معنى للكلام عن وجود مخالفة للنظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية ، إلا إذا أمكن تطبيق قانون أجنبى على إقليم الدولة أى إذا تضمن القانون الوطنى قواعد إسناد لحل مشكلة تنازع القوانين فهل عرفت الشريعة الإسلامية نظام تنازع القوانين؟.

انقسمت الآراء فى هذه المسألة إلى اتجاهين نعرضهما فيمايلى حتى يتبين لنا ما إذا كان من الممكن تطبيق قانون أو شرع أجنبى فى دولة تطبق فيها الشريعة الإسلامية ، ومن ثم يتصور حدوث التعارض بين الشرع الأجنبى والشريعة الإسلامية.

الاتجاه الأول: عدم قبول الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية:

قلنا فيماسبق أن الفقهاء المسلمين كانوا قد قسموا العالم إلى

الجزء الرابع ص ١٤٥٦ ، حيث أشار إلى قول الإمام أبو زيد الدبوسى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الذميين ، فيما يقع بينهم من تصرفات "لو جاز لهم مباشرتها واعتادوها فيما بينهم" أى اعتادوا تطبيق الشريعة الإسلامية فيها. وأما عقود المعاملات التى تجرى بينهم خاصة ولا يتعدى شرها إلى المسلمين فيتركوا وديانتهم كالأنكحة وشرب الخمر ، وانظر الدكتور محمد عبد المنعم بك رياض ، مبادئ القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٣م : مكتبة النهضة المصرية ص ٢٨٩.

داريـن أو دولتـين دار الإسـلام (الدولـة الإسـلامية) ودار الحـرب (الدولة أو الدول الأجنبية) بصرف النظر عن وجود حرب أو سلام بينهما. ومعيار ذلك التقسيم هو تطبيق الشريعة الإسلامية فى الدولة الإسلامية على جميع المقيمين فيها تطبيقاً إقليمياً فى كل نزاع يرفع إلى القاضى المسلم(١). حيث "لا يحكم القاضى المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية" إعمالا لتفسير قول الحق سبحانه "وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ...... وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا

---

(١) ومن المتفق عليه أن القاضى المسلم يختص بالنظر فى النزاع كلما وجدت مصلحة لمسلم بأن كانت الخصومة بين المسلمين أو بين مسلم وغير مسلم ، أما إن كان النزاع بين غير المسلمين فيجوز للخصوم أن يترافعوا إلى القاضى المسلم ، وإن كان المالكية يرون أن الاختصاص فى هذه الحالة يقوم على التخيير، بمعنى أن للقاضى المسلم أن يقبله أو يرفضه وسندهم فى ذلك قوله تعالى: "فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وأن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا"، فإن ترافع أحد الخصمين فقط فلا اختصاص عند المالكية أما الشافعية فيرون هذا الاختصاص على أن يجبر الطرف الممتنع على الحضور وذلك إذا كان النزاع بين ذميين أو ذمى وحربى أو ذمى ومستأمن أو ذمى ومعاهد ، أما إذا كان النزاع بين حربيين أو معاهدين (ويقصد بذلك أن يكون الشخصان من دار الحرب وكان ثمة معاهدة بين هذه الدار والمسلمين) أو مستأمنين أو بين أحدهما والآخر فإن القاضى المسلم يكون له الخيار إن شاء فصل وإن شاء امتنع وحجتهم فى ذلك أن التخيير الوارد فى الآية الكريمة السابقة قد جاء فى حق غير الذميين فقط. أما الحنفية فيرون اختصاص القاضى المسلم فى كل الأحوال إذ يرون أن التخيير السالف قد نسخ بقوله تعالى: "... وأن احكم بينهم..." وإن كانوا قد استثنوا من وجوب الحكم بين غير المسلمين الدعاوى المتعلقة بالأنكحة وآثارها (كالنفقة والطلاق والنسب ونفى المهر وبيع الخمر والخنزير) ومع ذلك فقد اختلفوا على مدى هذا الاستثناء .
انظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ ومابعدها ، والدكتور على الزينى ، المرجع السابق، ص ١٧٨-١٨٢ ، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ١٦٩- ١٧٢ ، والدكتور احمد مسلم، المرجع السابق ص ٤٤-٤٥ وهامش ١ ص ٤٤.

تتبع أهواءهم"[١].

فقد استخلص المفسرون من صريح العبارة فى هاتين الآيتين ومن سياقها مع ما قبلها من الآيات ومن أسباب نزولها أن المراد بالحكم "بما أنزل الله" هو الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها[٢].

وليس معنى ذلك أنه كان يطبق أحكاما واحدة فى جميع المنازعات سواء أكانت إسلامية خالصة أم كانت ذات عنصر أجنبى، وإنما معناه أنه لم يكن يرجع مطلقاً إلى نظام قانونى أجنبى ليستمد منه مباشرة الحكم القانونى، بل كان يرجع فى ذلك إلى أحكام فى الفقه الإسلامى خاصة بحكم هذه العلاقات مباشرة، ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمداً أصلا من النظم القانونية غير الإسلامية أو متأثراً بها فى الحدود التى تقرها الشريعة الإسلامية، إلا أنها أحكام مندمجة فى الفقه الإسلامى ، تعتبر جزءا منه ، وهى أحكام موضوعية محددة، تحكم مباشرة العلاقات القانونية ، ولا تتأثر بصفة آلية بما قد يطرأ على أصلها التاريخى من تغيير[٣].

بمعنى أنه استخدم أسلوب القواعد الموضوعية المادية لا أسلوب قواعد الإسناد. وعلى ذلك يجب على القاضى المسلم أن يجرى حكم الشرع فى كل دعوى رفعت إليه وكان من الواجب

---

(١) سورة المائدة الآيتان ٤٨ – ٥٩ ، انظر فى تفسير هاتين الآيتين تفسير المنار للإمام محمد عبده ، الجزء السادس ، ص ٤١٠ ، وتفسير مفاتيح الغيب للإمام فخر الدين الرازى ، الجزء الثالث ص ٤٠٩ ، وتفسير الطبرى ، الجزء الخامس والسادس ،ص ١٧١ ومابعدها.

(٢) انظر تفسير المنار للإمام محمد عبده، ص ٤١٤- ٤١٥.

(٣) انظر الدكتور احمد مسلم ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٥٧.

عليه أن يحكم فيها أو قبل ذلك. وذلك بصرف النظر عن ديانة الخصوم أو جنسيتهم. أى سواء أكانوا مسلمين أم ذميين أم حربيين وبصرف النظر عن موضوع الدعوى أى سواء أكان بيعا أو نكاحاً أم غيرهما من حقوق الله أو حقوق العباد[١].

ويستخلص أصحاب هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية قد أخذت من هذه الناحية بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه مما يحول دون ظهور قواعد تنازع القوانين لأن القاضى الوطنى لا يطبق قانوناً غير قانونه.

ولا يغير من هذا أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ شخصية القوانين حين أباحت لغير المسلمين فيما بينهم أن يحتكموا إلى حكم من ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات والعبادات وبعض المعاملات، إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون تنازعاً داخلياً للقوانين. كما لا يؤثر على ذلك قول بعض الفقهاء[٢] بوجوب امتداد حكم الشريعة الإسلامية إلى المسلمين الذين يذهبون إلى دار الحرب تطبيقا للمبدأ السابق. فالوسيلة الفنية التى اتبعها الفقه الإسلامى لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى تختلف عن الوسيلة الفنية التى

---

(١) الدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ، وهذا هو مذهب كل من المالكية والشافعية والأحناف . مع خلاف فى بعض المسائل ، انظر الشيخ محمد بخيت ، ارشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة، ص ٢٠- ٢١ . وهذا الحكم قاصر على غير المسلمين الموجودين فى دار الإسلام أما الموجودون خارجها . فلا ولاية عليهم فضلا عن عدم إمكان تنفيذ أحكام الإسلام فى غير دار الإسلام . انظر الدكتور على الزينى ، المرجع السابق ص ١٨١، ، انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ١٧٠، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩، ص ٤٧، والدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٨٣.

(٢) أبو يوسف ، انظر لمجموعة من الفقهاء المؤلف المشهور بالفتاوى الهندية ، الجزء الثالث ص ٢٥٣، انظر مؤلفنا فى الضوابط الشخصية للاختصاص القضائى ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٠ .

يتبعها التشريع والفقه الحديث والتى يطلق عليها تنازع القوانين: فبينما يحكم التشريع والفقه الحديث هذه العلاقات بقواعد ذات صياغة اسنادية، تقتضى الرجوع مباشرة إلى قوانين أجنبية ومسايرة هذه القوانين، يحكمها الفقه الإسلامى بقواعد ذات صياغة موضوعية ، وإن كانت مستمدة أو متأثرة بالقوانين الأجنبية(١). وبعبارة أخرى يمكن القول بأن قانون العلاقات الخاصة الدولية على نحو ما عرفته الشريعة الإسلامية كان موضوعيا لا إسناديا.

ومن ثم وإذ هى أحكام مندمجة فى أحكام الشرع على نحو ما يوضحه الفقه الإسلامى فلا مجال لتصور وجود تعارض بين نظم قانونية أجنبية والنظام القانونى الإسلامى ، وبالتالى فلا مجال للكلام عن فكرة النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية.

الاتجاه الثانى: قبول الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية:

لم يلق الاتجاه السابق استحسان جانب من الفقه حيث يتبين من استعراض وجهة نظر الإمام أبو حنيفة ، انه إذا ترافع إلى القاضى المسلم مدع غير مسلم فإنه يختص بنظر الدعوى إلا أنه لا يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، بل يطبق أحكام ديانة الطرفين(٢). وهو ما يستفاد منه وجود قواعد للإسناد تسمح باستبعاد قانون

---

(١) الدكتور أحمد مسلم، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨.
(٢) فعند الإمام كل زواج فسد بين المسلمين لفقد شرطه أو لحرمة محله ، وكان صحيحا عند غير المسلمين اعتبر كذلك . ويخالفه فى ذلك الصاحبان ، ولكنهما يتفقان معه فى النكاح بغير شهود. انظر السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف، طبعة ١٩٧٧، ص ٩٣، وفى عرض المسألة الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧١.

القاضى – الشريعة الإسلامية – وتطبيق قانون آخر ، لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك.

ويساند ذلك أن بعض الفقهاء قد عارض تفسير آيات سورة المائدة على النحو الذى يمنع القاضى من تطبيق أى قانون أجنبى ويرى هؤلاء أنه يمكن تفسير المراد "بالحكم بما أنزل الله" بأنه الحكم بالعدل وأن من العدل أن يحكم بين غير المسلمين وعلى وجه الخصوص الأجانب بما ألفوه من الأحكام أو العادات أو القوانين لاسيما إذا كان من وراء الحكم بتلك القوانين ضمان لبقاء الحقوق المكتسبة بحسبها ووصولها إلى أربابها .

وسندهم فى هذا أن الآيات فى القرآن كثيرة بخصوص الحكم بالعدل . ومنها قول الحق سبحانه "أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" و"أحكم بينهم بالقسط" "واقسطوا إن الله يحب المقسطين""ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى". والحكم بالعدل إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه.

ومن ثم أثاروا التساؤل : أليس الحكم بين أجنبيين بالقانون الذى تقرر الحق بينهما بناء عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه؟ وأليس فى الحكم بينهما بحكم الشريعة الإسلامية وهما لم ينظرا إليها وقت إنشاء الحق ولم يعتمدا فى إيجاده عليها احتمال تضييعه؟

كما استند هذا الاتجاه إلى الفتوى بشأن أمر الحكم بالقوانين الانكليزية فى الهند ، حيث انتهى الرأى إلى أنه وإن كان غير جائز شرعاً إلا أن هناك رخصة فى تطبيقه بشرط ألا يكون ضاراً

بالمسلمين[1]. وفى ذلك ما يسمح بتأويل الآية على النحو المشار إليه بعاليه[2].

الموازنة بين الاتجاهين :

إذا ما رجحنا وجهة نظر القائلين بأن الشريعة الإسلامية قد ضمت ضمن أحكامها قواعد للإسناد، بمعنى أن هناك احتمال لأن يطبق القاضى فى دار الإسلام قانونا آخر غير الشريعة الإسلامية، ظهر احتمال لوجود تعارض بين القانون أو الشرع الأجنبى وبين أحكام الشريعة الإسلامية بحيث يجب ترجيح تطبيق هذه الأخيرة على النحو الذى كان متبعاً فى أحكام المحاكم المختلطة فى مصر، التى اعتبرت أن نظام الشريعة الإسلامية باعتباره النظام الغالب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين ، هو المرجع لتحديد ما يخالف النظام العام من الأحكام الأخرى، سواء وردت فى نظم أجنبية أو فى نظم مصرية أخرى[3].

أثر تغيير الدين على الدفع بالنظام العام :

يكتسب الإنسان ديانته وقت ولادته فيأخذ المولود دين والديه ويلحق الابن الطبيعى بأمه ويتبع اللقيط ديانة الشخص الذى قام بتربيته.

وقد تكتسب الديانة أيضا بالتحول عن ديانة إلى غيرها فإن غير الشخص – وطنى أو أجنبى – ديانته فأن أثر ذلك يجب الا

---

(١) انظر تفسير المنار ، المرجع السابق، ص ٤٠٣ – ٤٠٦.
(٢) انظر الدكتور على الزينى، المرجع السابق، ص ١٨٧، وفى تأييد وجهة نظره الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص ٥١- ٥٢.
(٣) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

يمس الحقوق المكتسبة من قبل التغيير إلا إذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر وفق أحكام الشرع الإسلامى. فمثلا تنحل عقدة الزواج إذا أسلمت امرأة مسيحية وطنية أو أجنبية متزوجة بمسيحى – وطنى أو أجنبى – ولم يتحول زوجها عن دينه وذلك لأنه لا يحل فى بلاد الإسلام أن يتزوج مسيحى من مسلمة.

المطلب الثانى

طبيعة وخصائص فكرة الدفع بالنظام العام

إذا ما كان النظام العام مانعاً من تطبيق القوانين الأجنبية فإن التساؤل المبدئى الذى يثور بشأنه هو هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلى ، أم هو مجرد استثناء؟

وتبرز أهمية الرد على هذا التساؤل من ناحية تحديد نطاق النظام العام وتفسيره . فالقول بأنه تطبيق لمبدأ أصلى يتيح الفرصة للتوسع فى هذا التحديد والتفسير ، أما القول بأنه استثناء بحت فتترتب عليه نتيجة أخرى عكسية هى تفسير النظام العام تفسيرا ضيقا وعدم التوسع فى نطاقه ومدى آثاره[1].

وقد أختلف الفقهاء فى ذلك اختلافا بيناً بحسب اتجاهاتهم:

الاتجاه الأول : النظام العام تطبيق لقاعدة عامة:

يرى البعض أن مسائل النظام العام تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولى الخاص. فقوانين النظام العام تقوم على

---

(١) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩ ص ٥٦٦.

أساس السيادة الإقليمية، وإقليمية بعض القوانين هى قاعدة كقاعدة شخصية القوانين وكلاهما مستمد من احترام السيادة المقررة للدول(١).

وعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع من تطبيق القانون الأجنبى بل ينظر إليها كعنصر أساسى من عناصر الوضع الطبيعى للأشياء. فكما أن قانون جنسية الأشخاص هو الذى يحكم علائقهم فإن هناك قواعد فى قانون القاضى لابد أن تحكم جميع العلائق بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب. هذه القواعد التى يطلق عليها البعض القواعد ذات الطابع الأمر المطلق.

ومؤدى هذا أن قانون جنسية الأشخاص يتلاشى فى هذا النوع من العلائق لكى يترك المجال لقانون القاضى استناداً إلى ضرورة احترام سيادة الدولة واستقلالها(٢).

والحقيقة أننا نرى مع غيرنا أن هذا الاتجاه خلط بين إقليمية القوانين وما يتعلق بالنظام العام مع أنه يجب التفرقة بينهما وإلا كانت فكرة النظام العام لغوا لا طائل تحته. إذ وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية إقليمية حيث تسرى على الجميع من المواطنين والأجانب، إلا أن هناك حالات لا تكفى فيها القوانين الإقليمية وحدها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى، كأن كان هذا القانون يتضمن مثلا نظاما قانونياً مجهولا لقانون القاضى أو كان

---

(١) A. Pillet: Traité pratique de droit international privé, Paris, T. I, 1923, P. 117-118.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الصالح العام. ففى مثل هذه الأحوال يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده[١].

الاتجاه الثانى: النظام العام استثناء على القاعدة العامة:

ذهب الفقيه الألمانى سافينى وشايعه غالبية الفقهاء إلى أن وجود الدولة فى المجتمع الدولى يفرض على القاضى الوطنى التزاما بالفصل فى النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانونى وفقا للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق[٢].

إلا أنه يسلم بأن هناك استثناءات ترد على هذا الالتزام، أولها ما يتعلق بحل المشكلة التى تنجم عن تعارض القانون الأجنبى الواجب التطبيق مع النظم القانونية ذات الطابع الأمر المطلق "Streng Positiver, Zwingender Natur"[٣] أو الأسس الجوهرية فى المجتمع. ذلك التعارض الذى يفرضه الطابع الاجتماعى للقانون عموما وتأثره بظروف كل مجتمع، والذى يفرض على القاضى استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق[٤]

---

(١) انظر دكتور جابر جاد، المرجع السابق ، ص ٥٦٧.

(٢) انظر

Petros G. Valliandas: Der. Vorbehalt des ordre public im internationalen privatrecht. RabelZ, Vol 18, 1953, P.3.

(٣) وإن كان جدير بالملاحظة أن الحدود التى وضعها "سافينى" للفكرة قد جاءت غامضة مما يسمح لكل دولة بحرية تحديد متى يطبق هذا الاستثناء دون قيود. انظر:

Quintin Alfonsin: savigni. Nota sobre su sistema de Derecho privado international., in Revista de La Faculted de Derecho. Y Ciencias sociales, Montevideo, Vol II, 1951, P. 939 – 940.

Chales Knapp; La notion de L'ordre public dans les conflits de Lois, Mul house, 1933, P. 25-26.

(٤) انظر فى تأييد رأى سافينى.:

E. Bartin: Etudes de .... op. cit, P. 209 et 235.

ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد بهدف تجنب النتائج غير المقبولة التى تنتج عن تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إليه[١].

ولا يختلف الأمر فى الشريعة الإسلامية إذ أن فكرة النظام العام فى إطار أحكامها فكرة منضبطة وتطبق فى نطاق ضيق، بمعنى أنها تعد استثناء أو خروج على القواعد العامة واجبة التطبيق.

ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لابد أن تحدد شروط تطبيق فكرة النظام العام. إذ يجب :

أولا : أن يتم استخدام قاعدة من قواعد تنازع القوانين لتشير إلى أن القانون واجب التطبيق أحد القوانين الأجنبية، وإلا فإننا لن نجد لتطبيق الدفع بالنظام العام أى دور. كما لو كنا بصدد تطبيق قاعدة من قواعد البوليس أو قاعدة من القواعد فورية التطبيق فى قانون القاضى، مما يمتنع معه تطبيق أى

E. Bartin: Principes de droit international privé selon la loi et la Jurisprudence Français, Paris, T.I., 1930 no 92 et 93.

والتعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٥ مايو ١٩٤٨ بشأن المسئولية التقصيرية ، منشور فى :

Grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, 3ed. 1998, Dalloz, no 19, P. 145 Spec. P. 153 note P. Lerebours – pigeonniere et autrs.

وانظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠، والدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ص ٥٦٧.

(١) انظر :

Remy Libchaber: Op. Cit., P. 65.

وانظر :

Gonzalo parra – Aranguren : Géneral Cours Of Private international law: Selected problems , RCADI.. 1988 III, T. 210, P. 9-224 Spec. P. 87.

من القوانين الأجنبية.

ثانيا : ويتعين أن تكون قاعدة الإسناد قد أشارت إلى قانون أجنبى ليكون هو القانون الواجب التطبيق. إذ لا يتصور أى دور لتطبيق هذا الاستثناء إذا ما كان القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد هو القانون الوطنى للقاضى Lex Fori .

فإذا ما أثيرت منازعة أمام المحاكم المصرية بشأن أهلية مصرى للتعاقد مع أجنبى فإن تطبيق قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١١ من القانون المدنى المصرى ستؤدى بلا جدال إلى تطبيق القانون المصرى ، لا باعتبار ذلك نتيجة لتطبيق فكرة النظام العام بل باعتباره قانون جنسية الشخص وكنتيجة طبيعية لإعمال قاعدة الإسناد.

ثالثا: ويتعين أخيرا أن يؤدى تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد إلى نتائج تخالف المبادئ الأساسية للقانون الوطنى للقاضى بشأن الحالة المعروضة عليه وقت نظر الدعوى(١). إذ وإن كان مفهوما وطبيعيا أن يوجد اختلاف بين النظم القانونية الوطنية إلا أن هذا الاختلاف لا يقبل أن يزيد عن حدود معينة وإلا وقع اعتداء على المجتمع الوطنى مما يبرر عدم استمرار القاضى الوطنى فى

---

(١) انظر :
Hans Marti: Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im Internationalen privatrecht der schweiz (ordre public) Bern, 1940, P. 83-97.

J. Maury: L'evication de la loi normalement compétente L'ordre public internatonal et la Fraude à la loi, valladolid, 1952, P. 78-88.

P. Lagarde: Recherches sur L'ordre public en droit international privé, Paris, L.G.D.J., 1959, P. 157-167.

الالتزام بتطبيق القانون الأجنبى.

وهنا يثور التساؤل حول ما اذا كان وجود قاعدة قانونية مشابهة فى قانون القاضى للقاعدة الموجودة بالقانون الأجنبى يحول دون اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام ؟

"ويمكن القول بصفة عامة أنه من العسير على القاضى القول بأن قانونا أجنبيا معينا يعد مخالفا للنظام العام الوطنى إذا كان قانون القاضى نفسه يحتوى على نفس القاعدة . غير أنه يحدث أن يكون النص على القاعدة فى قانون القاضى يهدف إلى عكس الغرض الذى يهدف إليه النص عليها فى القانون الأجنبى . ومثال ذلك القوانين التى تنص على قيود متعلقة بالنقد ، فإذا كان قانون القاضى يتضمن قيودا متعلقة بالنقد فأنه يهدف من وراء ذلك إلى حماية اقتصاده الوطنى. وإذا كان القانون الاجنبى يتضمن ذات القيود فأنه بذلك يهدف بدوره إلى حماية اقتصاد الدولة الأجنبية ضد الدول الأخرى ومنها دولة القاضى. لذلك فإن وجود قاعدة من هذا النوع فى كل من القانونين قد لا يحول دون الاستناد إلى فكرة النظام العام فى دولة القاضى".(١)

والحقيقة أن "فى تقدير تعارض القانون الأجنبى مع مقتضيات النظام العام الوطنى ، يتمتع القاضى بسلطة تقديرية ، إن لم تكن مطلقة ، فهى واسعة، نظرا لعدم وضوح معيار فكرة النظام العام ذاتها"(٢)، لدى فقهاء القانون الوضعى إذ هى فكرة مرنة تختلف باختلاف المكان والزمان.

إلا أنه لما كان الدفع بالنظام العام استثناءاً على القاعدة الأصلية التى تقضى بتطبيق القانون الأجنبى ، فلا يصح الالتجاء

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٦.
(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٥٤٤.

إليه إلا فى الأحوال التى تقتضيها المصالح العليا للمجتمع حتى لا يتحول إلى وسيلة للإطاحة بالهدف الذى يسعى إليه المشرع الوطنى من تنظيم تنازع القوانين[١]. ولهذا فقد استقر الرأى على إخضاع تقدير القاضى فى هذا المجال لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية.

خصائص فكرة الدفع بالنظام العام:

لما كان قد استقر لدى غالبية الفقهاء وأحكام القضاء أن الدفع بالنظام العام ذا طبيعة استثنائية فمن الطبيعى أن يفسر فى أضيق نطاق وقد اتفق الفقه والقضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية:

١ ـ النظام العام فكرة وطنية :

إذا كانت فكرة النظام العام أكثر أفكار علم تنازع القوانين غموضا فلعل أهم أسباب هذا الغموض أنها فكرة ذات طابع وطنى تختلف من بلد إلى آخر، ومن شعب إلى آخر، وتتعلق بالمثل العليا التى تستقر فى ضمير شعب كل دولة من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد وغيرها. وهو ما يفتح الباب لكى يتفاعل النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية مع فكرة النظام العام الداخلى أو القواعد الآمرة ليؤثر تغير مضمون النظام العام الداخلى على مضمون ونطاق تطبيق النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية ، على الرغم من الفوارق التى بينهما[٢] ، على خلاف ما

---

(١) انظر الدكتور هشام على صادق، موجز القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ١٦٨.

(٢) انظر فى التفرقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية:

كان يذهب إليه الفقه التقليدى الذى كان يرى فى هذا التواصل والتفاعل سبباً للخلط بين مفهوم كلا الفكرتين ومد تطبيق القوانين الأساسية فى الدولة إلى العلاقات التى كان من الطبيعى أن تطبق عليها القوانين الأجنبية إعمالا لقواعد الإسناد(١).

ولا يختلف الأمر فى الشريعة الإسلامية إذ إن فكرة النظام العام تتكون وفق ما يسود فى المجتمع الإسلامى من أفكار ومبادئ ومثل عليا أساسها الشرع الإسلامى.

وإذ إن النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية فكرة وطنية فقد أنتقد الفقهاء وصف النظام العام بوصف "الدولى" حيث يوحى بأن مضمون فكرة النظام العام واحد فى كل دول العالم. ومن ثم نفضل استخدام اصطلاح الدفع بالنظام العام على نحو ما أسلفناه.

٢ ــ النظام العام فكرة نسبية :

يرى البعض فى الفقه الحديث وأحكام القضاء أن النظام العام عبارة عن حالة أو وضع للمجتمع الوطنى يتكون من مجموعة من المبادئ والمثل العليا والأساسية فى مختلف المجالات الاجتماعية والسياسية الاقتصادية والروحية(٢).

---

(١) انظر :

y. Loussouarn et P. Bourel; Droit international privé, 3ᴱ ed. Dalloz, 1988, P. 393.

R. Libchaber: Op. Cit., P. 66.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٥، وحكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١٧ يناير ١٩٧٩، مج الأحكام، دائرة الأحوال الشخصية، ص ٢٧٦.

ومعنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوافق الوضع الطبيعى فى المجتمع الوطنى وما يخالفه يخالف الوضع الطبيعى فى هذا المجتمع بما يتعين معه استبعاد سبب المخالفة ، أى استبعاد القانون الأجنبى وإعادة الحال إلى طبيعته.

ويتعين من وصف النظام العام بأنه الوضع الطبيعى للمجتمع أن يكون متطوراً بتطور المجتمع، ومن ثم يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان . لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات[١]. وبالتالى فلا يمكن تحديد مضمونه إلا فى أمة معينة وفى جيل معين.

فما يعتبر من النظام العام فى دولة قد لا يعتبر كذلك فى دولة أخرى. فبينما لا يعد تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام فى البلاد الإسلامية يعد مخالفا له فى الدول الأوربية.

وما يعد مخالفا للنظام العام وقت معين فى بلد ما قد لا يعد كذلك فى وقت آخر. فبينما كان التطليق محظوراً فى بعض الدول الأوربية ومخالفاً للنظام العام صار غير ذلك فى الوقت الحالى.[٢]

وبينما كان الزواج نظاما دينيا فى بعض الدول فى الماضى صار مدنيا فى الحاضر نتيجة لاختلاف مقتضيات النظام العام فيها

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق ؛ ص ٢٦٨.
(٢) من ذلك مثلا الوضع فى فرنسا قبل وبعد صدور قانون سنة ١٩٧٥ بشأن الطلاق. انظر ما سيأتى لاحقا بالفصل الثالث.

باختلاف الزمان[١]. بحيث يمكن أن نجد نفس المحكمة وهى تستبعد القانون الشخصى للزوج تطبيقا للدفع بالنظام العام بعد أن لم تكن تفعل ذلك فى قضايا سابقة[٢].

ويختلف الأمر عن ذلك فى الشريعة الإسلامية التى تعتبر النظام العام فكرة مطلقة. فإذا كانت تلك الفكرة تستمد سبب وجودها فى القوانين الوضعية من قابلية مفهوم النظام العام لأن يختلف فى بلد القاضى ما بين اكتساب الحق والتمسك به، فإن هذا السبب لا يشكل مصدر معرفة الإسلام لها. ذلك أن "للنظام العام" فى الإسلام مفهوم ثابت غير قابل – خلافا لما عليه الحال فى القوانين الوضعية – لأن يتبدل أو يتغير ؛ وذلك بحكم استمداد الأحكام المتعلقة به من الشريعة الإسلامية الغراء، تلك الشريعة التى لا تتبدل ولا تتغير فيما هو مقرر فيها من مبادئ وكليات. وأما ما يشكل سبب ظهور تلك الفكرة فى الإسلام فإنما يتمثل فى قابلية بعض مفسدات الأوضاع القانونية لأن تزول – بحكم مرور الزمان أو تدخل الإنسان – فى الفترة ما بين نشوء الوضع القانونى وطرح الأمر بشأنه أمام القضاء".[٣]

ومعنى ذلك أن فكرة النظام العام فى الشريعة الإسلامية

---

(١) انظر المرجع السابق ، ص ٥٩٦، والدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق، ص ١٤٥.

وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية :

Ch. Civ., 1re Sec. 22 Juin, 1955, Caralasnis C. dame caralasnis, Rev. Crit. Dr. int. pr., 1955, P. 723, note Batiffol.

(٢) انظر :

J. Mestre:Le mariage en France des etrangers de statut confessional, Rev. Crit. Dr. int. pr., 1977 P. 659 Spec. P. 669.

(٣) الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ، ص ٢٠٤.

فكرة مطلقة منضبطة وليس للقاضى بشأن المحكم من نصوصها وقواعدها أى سلطة تقديرية ، لأنها تجسد حقيقة التشريع الإسلامى بحسبانه صادر عن الحكيم الخبير العالم بما يفيد البشر ، بخلاف المتشرعين الوضعيين الذين قد يجهلون كنه المصالح التى تحميها تشريعاتهم ، وتتغير أهواؤهم تبعا لعلمهم وخبرتهم وسيطرة المصالح الخاصة عليهم.

٣ ـ النظام العام فكرة وقتية :

إذ لما كانت فكرة النظام العام فكرة نسبية ومتغيرة فى الزمان، فإن ما قد يتعلق بالنظام العام فى مكان معين فى زمان معين قد لا يكون كذلك فى زمن آخر فى داخل نفس النظام القانونى.(١)

وقد استقر الرأى على الأخذ بمبدأ هام هو آنية النظام العام ، بمعنى أن العبرة فى تقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل فى الدعوى دون نظر إلى ما قبل ذلك . فإذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانونى ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبى قبل الفصل فى النزاع فلا مسوغ لاستبعاد هذا القانون(٢).

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٧ ـ ٥٩٨ ، وانظر بارتان ، مبادئ القانون الدولى الخاص، الجزء الثالث ، ص ٢٦٨ ، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ٣٤٣.

(٢) مثال ذلك صدور قانون فى فرنسا يبيح التطليق بالرضا المتبادل بين الزوجين بعد أن كان يحظر ذلك (قانون ١١ يوليو ١٩٧٥)، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٨، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ٥٦١ والأحكام التى أشار إليها بالهامش.
وقارن مع ذلك :

ولا خلاف أيضا بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى إضفاء هذه الصفة على فكرة النظام العام.

إذ تستلزم أحكام الشريعة الإسلامية، حرصا على كفالة أكبر قسط من الاحترام للحقوق المكتسبة من القاضى، تقدير مدى مخالفة الحقوق المكتسبة لما هو مقرر فى الإسلام من أحكام لا تقبل التبديل والتغيير بالنظر إلى وقت الترافع فى شأنها إليه، أو وقت اعتناق غير المسلم للإسلام ، وليس بالنظر إلى وقت اكتساب هذه الحقوق.

فمن المقرر لدى جمهور الفقهاء المسلمين أنه إذا اكتسب حق طبقا لقانون أو تشريع اجنبى، وكانت نشأة هذا الحق قد انطوت على مخالفة (مفسد) تتعلق بالنظام العام الإسلامى، وكانت هذه المخالفة أو التصادم الناشئ عنها قابلا لأن يزول مع استمرار التمتع بالحق، فإن اقتران المخالفة لنشأة هذا الحق لا يحول دون إقراره أو الاعتراف به متى كانت المخالفة قد زالت وقت الترافع إلى القاضى فى دار الإسلام، أو وقت اعتناق غير المسلم للإسلام[1].

ولكن كيف يمكن التوصل إلى أن تطبيق القانون الأجنبى

J. Maury: L'ordre public en droit international, Rev. Crit. dr. int. pr., 1954, P. 14.

(١) بتصرف بسيط ، انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ، بند ١٦٦ ص ٢٠٢، وانظر مغنى المحتاج للإمام شمس الدين بن شهاب أحمد الرملى، بشأن دوام النكاح الواقع أثناء الكفر، بعد الإسلام والزواج بالمرأة أثناء العدة ، الجزء الثالث ، ص ١٩٢ ، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى دار الكتاب العربى، بيروت ، ط٢ ، سنة ١٩٨٢ ، ج٢ ، ص ٣١٢.

سيؤدى إلى مخالفة النظام العام أو ما هو المعيار الذى يرجع إليه حتى يمكن للقاضى تطبيق هذا الاستثناء؟.

المطلب الثالث

معيار الدفع بالنظام العام

على الرغم من تأكيد الفقهاء فى العصر الحديث على أهمية دور الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد، إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية فى المجتمع(١)، واهتمام مشرعوا الدول الحديثة بتقنين هذه الفكرة فى شكل قواعد قانونية، سواء عبروا عنها بالنظام العام " Ordre public" مثل المادة ٨٥١ من القانون المدنى السنغالى والمادة ٣/١٢ من القانون المدنى الأسبانى. أو عبروا عنها بالمصالح العامة "Public interest" على نحو المادة ١٥٠ من القانون المدنى الصينى أو أضاف إلى النظام العام الأخلاق الحميدة " Bones mores" مثل المادة ٣١ من القانون المدنى الإيطالى والمادة ٣٣ من القانون المدنى اليونانى، والمادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى التى نصت على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر"، والمادة ٧٣ من القانون المدنى الكويتى والمادة ٣٠ من القانون المدنى بالجابون . أو حتى باستخدام اصطلاح "النظام العام الدولى" مثل المادة ١/٢٢ من القانون المدنى البرتغالى، أو اصطلاح القيم الأساسية " Fundamental values" أو "Grundwertungen" مثل المادة ٦ من القانون

---

(١) انظر رسالة P. Lagarde السابق الإشارة إليه.

المدنى النمساوى. أو حتى بإضافة اصطلاح الحقوق الأساسية "Fundamental rights" أو ما يطلق عليه بالالمانية "Grundrechte" مثلما فعل المشرع الألمانى سنة ١٩٨٦. وما استقر عليه العمل فى فرنسا رغم أن نص المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى لم تذكر شيئا عن القوانين الأجنبية(١).

فضلا عن استقرار الفكرة على المستوى الدولى بنصوص المادة ٦ من اتفاقية البيع الدولى Sales convention المبرمة سنة ١٩٥٥ والمادة ١٦ من اتفاقية روما والمادة ٥ من الاتفاقية الأمريكية Inter-American Convention للقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص.

إلا أننا - ورغم شيوع الفكرة - لا نجد من المشرعين من وضع قائمة بالحالات التى يطبق فيها الدفع بالنظام العام. الأمر الذى يثير التساؤل عما هو المعيار الأمثل الذى يمكن الرجوع إليه لتحديد متى يأخذ القاضى بفكرة النظام العام؟

والحقيقة أنه ، ونظرا لخطورة فكرة النظام العام، حيث تقطع المجرى الطبيعى لتطبيق قاعدة الإسناد بمنع تطبيق القانون الذى أشارت إليه ، فقد حاول الفقهاء استخلاص بعض القواعد والمبادئ العامة التى تجلو مضمونها بما يوفق بين ضرورة تطبيق القانون الأجنبى أمام القاضى الوطنى، وبين احترام المبادئ العليا لمجتمع دولة القاضى(٢). إلا أن محاولاتهم تلك لم تستقر على معيار واحد لتحديد المقصود بفكرة النظام العام فى العلاقات

---

(١) انظر رسالة La garde ، الموضع السابق.
(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، ص ٥٩١.

الخاصة الدولية وإنما أسفرت عن اختلافهم فى تعريف النظام العام وتحديد المعيار الذى يمكن الرجوع إليه للتوصل إلى ما يدخل فى إطاره وهو ما يمكن بيانه فى الاتجاهات الآتية:.

الاتجاه الأول: حصر النظام العام فى القواعد الآمرة:

اتجه البعض فى الفقه التقليدى إلى أن النظام العام ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية التى تعتبر بالنظر إلى الأفكار الخاصة المقبولة فى بلد معين، ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد(١) بصرف النظر عما إذا كان الأمر يتعلق بمصالح دينية ، أم خلقية، أم سياسية ، أو اقتصادية.

ومن ثم اعتبر من النظام العام: القوانين الضرورية لصيانة الحالة السياسية والاجتماعية ونظام الدولة(٢) أو التى تتعلق بالمصلحة العامة.(٣)

وإذ إن كل القواعد القانونية التى تتعلق بتحقيق المصالح العامة الجوهرية هى قواعد آمرة فقد اتجه البعض إلى الربط بين النظام العام والقواعد الآمرة، والقول بأن القواعد المتعلقة بالنظام

---

(١) انظر :

F. Despagnet: precis du droit intrenational privé, 5ᴱ 'ed. Paris, 1909, P. 231. "Revue et augmante par ch. De Boeck".

(٢) مثل القوانين المتعلقة بممارسة الحقوق السياسية والقانون الجنائى وقانون المرافعات ، انظر المرجع السابق ، ص ٢٣٢.

(٣) انظر :

A. Weiss: Traité élementaire de droit international privé, Paris, 1890, P. 371.

وكذلك :

P. Surville : Cours élémantaire de droit international privé, Paris, 3 ed. 1900, P. 38-39.

العام ما هى إلا القوانين الآمرة(١) أو القوانين ذات الطابع الآمر المطلق.(٢) حتى أن من الفقهاء التقليدين(٣) من أنصار فكر الفقيه الايطالى مانشينى من قال بأن المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر بطلان الاتفاقات المخالفة للقواعد الآمرة وللآداب هى مما يتعلق بالنظام العام، على خلاف ما انتهى إليه الفقه الحديث من وجوب التفرقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى أو النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى(٤).

ورغم ما قدمه هذا الاتجاه من تطوير للفكرة إلا أنه لم يبين معيار تحديد ما يدخل فى إطار القواعد والقوانين الآمرة أو النظام العام الدولى(٥). بالإضافة إلى أن القول بأن النظام العام ما هو إلا القوانين الآمرة يعنى أن على القاضى أن يطبق هذه القوانين بدون الرجوع إلى قواعد الإسناد وبالتالى فلا مجال للكلام عن التعطيل الاستثنائى للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد إعمالا لفكرة لنظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى.

---

(١) انظر :
J. Valery: Manual de droit international privé, Paris, 1914, P. 56 & P. 570.

(٢) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق.

(٣) انظر فى عرض ذلك الاتجاه :
G. Parra – Aranguren: Op. Cit., P. 90.

(٤) انظر فى تطوير فكر الفقيه سافينى والتفرقة بين النظام العام الداخلى والدولى:
Charles Brocher: Nouveau Traité .
De droit international priv, Vol. I, Genva – Paris, 1876, P.149.

(٥) انظر فى انتقاد هذا الاتجاه :
Giorgio Badiali: Ordine publico e Diritto straniero, Milan, 1963, P. 161-191.

الاتجاه الثانى: الربط بين النظام العام والهدف من قاعدة تنازع القوانين:

فالهدف من وضع قواعد الإسناد هو إعطاء حل عادل للمسائل ذات العنصر الأجنبى . ومن ثم يجب استبعاد القانون الأجنبى الذى قد تشير إليه قاعدة الإسناد إذا ما كان الحل الذى يقدمه لا يحقق هذه الغاية(١).

الاتجاه الذى نرجحه : النظام العام فكرة معيارية وظيفية:

إزاء غموض وصعوبة وضع معيار موضوعى واضح لتحديد فكرة النظام العام بالنظر إلى أنها فكرة متغيرة فى كل بلد عن الآخر بل ومتغيرة فى البلد الواحد بتغير الأوقات والأفكار فيها قيل بأن النظام العام فكرة معيارية وظيفية(٢) تقوم على تحقيق المصلحة العامة العليا، عند وجود تعارض حقيقى بين القانون الأجنبى والمبادئ العليا للمجتمع الوطنى. وهى بهذا الوصف لا يتأتى ضبطها إلا من خلال تحديد ماهية هذه المصلحة التى

---

(١) انظر :
P. Arminjon: Precis de droit international privé, Paris, Dalloz, T.I. 1947, P. 221-228

والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(٢) انظر :
G. Vallindas: Le principe de L'elasticité .
de la reserve d'ordre public et les reserve specialisées .
Rev. Helinique de droit int., 1950, P. 55 et s.
P.Graulich: Principe de droit international privé, Paris, Dalloz, 1961, P. 163.

وانظــر الدكتور فؤاد رياض، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ط ١٩٩٤، ص ١٤٧.

تستهدف تحقيقها أو حمايتها ، ذلك أن تطبيقاتها تختلف باختلاف العلاقات الاجتماعية فضلا عن أنها فكرة مرنة لا يستطاع وضعها في قالب علمي محدد[١].

ومن ثم فمن الأفضل الاكتفاء بوضع موجهات أو معايير عامة موضوعية يسترشد بها القاضي في الكشف عن تعارض القانون الأجنبي مع الأسس والمبادئ العليا لمجتمعه[٢]. وقت نظر الدعوى[٣] حتى يكون تقديره موضوعيا، يستوحى شعور الجماعة لا مشاعره الشخصية[٤] . معايير يجمع بينها فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة[٥].

---

(١) انظر :

P. Lagarde: Op. Cit. no 157.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٥٩٣، والمادة ٦ من القانون الدولي الخاص الموحد الذي تم اقراره في هافانا سنة ١٩٢٨ والمعروف بقانون "Bustamatne" ومحاولات وضع تحديد لحالات تطبيق النظام العام من قبل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والتي باءت بالفشل . انظر عرض هذه الجهود في مؤلف :

Alexander N. Makarov: Op. Cit., P. 304 – 307.

(٣) انظر :

J. Niboyet: Cours de droit international privé, Francais, Paris, 2ᵉ ed. 1949, no. 524.

(٤) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون الدولي الخاص، طبعة ١٩٦٢، ص ٧٦.

(٥) الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ص ١٦٩ ، وانظر :

H. Batiffol: Traité Elémentaire de droit international privé, Paris, ed, 1959, no. 358.

المعايير المقترحة لتطبيق فكرة الدفع بالنظام العام:

١ - أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى[(١)].

غير أن هذا الرأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد. هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى.[(٢)]

وقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى بشأن تغيير جنس المدعى (مخنث) حيث لا يعرف قانون جنسيته (القانون الأرجنتينى) الحق فى تغيير الجنس وأثيرت أمام المحكمة مسألة استبعاد القانون الواجب التطبيق لعدم اشتماله على نظام قانونى معروف فى القانون الفرنسى إلا أن الفقه الفرنسى فى تعليقه على الحكم اتجه إلى أننا يجب ألا ننساق وراء هذه الفكرة، ذلك أن الحق المشار إليه وإن لم يعرف فى القانون الأرجنتينى فهو حق من حقوق الإنسان ويحميه القانون على هذا الأساس حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة. وبالتالى فلا داعى لتطبيق الدفع بالنظام العام، وإنما يجب الرجوع مرة أخرى إلى القانون الشخصى للمدعى وإعمال قاعدة الإسناد[(٣)].

---

(١) انظر:
J. Niboyet : Traité de droit international privé Francais, Paris, T. III, 1944. no 1022 et. Suiv.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ص ١٤٤.

(٣) انظر حكم محكمة باريس فى ١٤ يونيو ١٩٩٤ ، منشور فى:

ومن ذلك أيضا أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت اعتبار القانون اليوجسلافى الذى تقوم فيه المسئولية على الخطأ ولا يتضمن نظام لتعويض الضرر يماثل ذلك الذى قرره المشرع الفرنسى بموجب قانون ٥ يوليو ١٩٨٥، مخالفا للنظام العام الدولى فى فرنسا.[١]

٢ – ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام إذا كان يتضمن حلا غير عادل بأن كان ينطوى على مساس بمبادئ العدالة الدولية[٢] Principes de justice universelles أو يبتعد عن المبادئ العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحضرة[٣] ومخالف للضمير الإنسانى والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب. مثل القانون الذى يحرم الفرد من بعض الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية من دين أو لون أو الانتماء لطائفة معينة.

وإن كان من الواجب أن نلاحظ أن مخالفة النظام العام يجب أن تقدر دائما فى ضوء النتيجة التى تترتب على تطبيق القواعد القانونية الأجنبية فى الحالة المعروضة على القاضى. بل إن محكمة النقض الفرنسية لم تجعل أى ميزة خاصة للحقوق ذات

---

(١) Cass. Civ. 1re.,4 Avril 1991, G.A.N., Clunet, 1991, P. 981, note Legier.
Rev. crit. dr. int. pr., 1995, P. 308, note Y. lequette.

(٢) انظر تعليق:
H.Batiffol: Rev. Crit. Dr. int. pr. 1949, P. 89.

(٣) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٥٩٣، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ،وكذلك :
A.K. Kuhn: Comparative commentarics on private international law, 2nd ed. Fred Rothman, Colorado, 1981, P. 34.

القيمة الدستورية Valeur Constitutionnlle ، وإنما تعرض لكل حالة بحسب ما ترتبه من آثار غير مقبولة وتتعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية للمجتمع.[١]

٣ – ذهب فريق ثالث إلى أنه يجب استبعاد القانون الأجنبى لمخالفة النظام العام إذا كان متعارضا مع المبادئ والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية لمجتمع دولة القاضى بحيث يؤدى تطبيقه إلى إلحاق الضرر بالمصالح الحيوية لذلك المجتمع مثل القانون الذى يبيح زواج المحارم أو التبنى بين المسلمين أو ميراث غير المسلم للمسلم أو المساواة بين الابن والبنت فى الميراث بين المسلمين.[٢]

٤ – كما يرى البعض أنه يعد مخالفا للنظام العام القانون الذى يهدر الحقوق الطبيعية للإنسان[٣] مثل القانون الذى لا يسمح لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى ، مهدرا حقها الطبيعى الواجب

---

(١) انظر :
P. Mayer: La convention europeenne des droits de L'homme et L'application des normes etrangéres, Rev. crit. dr. int. pr., 1991, P. 633.

(٢) انظر : Kuhn: Op.cit., P. 37
والدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٥٩٤، وحكم محكمة النقض المصرية بجلسة ١٩٧٩/٦/٢ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق مج الأحكام ، السنة ٣٠ ص ٧٢٢.

(٣) انظر :
W. Goldschmidt: Systéme et philosophie du droit international prive, Rev. crit. dr. int. pr., 1956, P. 238.
Ph. Franancescakis : Droit natural et droit international privé, melanges Maury., Paris, 1960, T.I., P. 113.

احترامه ولو لم يوجد نص بشأنه فى قانون وضعى.[١]

٥ ـ ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى الربط بين فكرة النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية والأهداف التشريعية للمشرع الوطنى فى دولة القاضى[٢].

ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى القانون الأجنبى الذى تتنافى أحكامه مع مبادئ السياسة التشريعية للدولة[٣]حتى ولو لم تكن أحكامه هذه متعارضة فى مضمونها مع مبادئ العدالة والقانون الطبيعى[٤] ذلك أن من خصائص قاعدة الإسناد، وهى قاعدة قانونية وطنية ، أنها قاعدة مجردة وغير محددة المضمون، ومن ثم فقد تشير إلى قانون أجنبى يتعارض مع أحد الأهداف المهمة التى يرمى تشريع دولة القاضى إلى تحقيقها، الأمر الذى لا يمكن قبوله ويخول القاضى سلطة استبعاد هذا القانون.

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من

---

(١) فى تعلق الحق بالأمومة والأبوة بالنظام العام .انظر :
Alain Benabent : L'ordre public en droit de la famille, dans L'ordre public à la Fin du xxe siecle, Dalloz 1996, P. 27 Spec. P. 29.

(٢) فى تطبيق لهذا الرأى . انظر:
Cass. Civ. 3 Juin 1966, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1968, P. 64 note J. Derruppé.

(٣) انظر :
H. Batiffol: Aspects philosophique de droit international privè, Dalloz, Paris, 1956, P. 159.

(٤) H.Batiffol & P. lagarde: droit international privé, 6. ed. T.I, L.G.D.J., Paris, 1976, P. 450.

استبعاد القانون الأجنبى الذى يقرر مدة أطول مما ورد بالقانون الفرنسى لرفع دعوى الاعتراف بالأبوة[١] . إذ وإن كان طول المدة المقررة فى القانون الأجنبى لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة والقانون الطبيعى إلا أنه يتعارض مع الهدف من تقصير المدة وهو تحقيق الاستقرار للروابط العائلية.

ونحن نميل إلى ترجيح الرأى القائل بالاكتفاء بوضع معايير للبحث فيما يتعارض مع النظام العام الوطنى فى دولة القاضى، نظرا إلى ما ذكرناه من أنها فكرة معيارية وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة هى حماية النظام القانونى الداخلى وتختلف حسب المكان والزمان، ومن ثم فليس من الملائم وضعها فى إطار جامد، والا انفصلت عن النظام القانونى الذى تعمل فيه[٢].

هذا بالإضافة إلى أنه حتى ولو تمكن المشرع من حصر كل الحالات التى يحتمل أن ينطبق فيها الدفع بالنظام العام فإن هذا لا يعنى أن المشكلات قد انتهت . مثال ذلك أن اتفاقية لاهاى بشأن الزواج التى أبرمت سنة ١٩٢٠ كانت قد ضمت قائمة بكل الموانع التى قد تعترض تطبيق القانون الوطنى الذى يجب تطبيقه لتحديد الأهلية للزواج ، إلا أنه وعند تطبيق نصوص الاتفاقية ظهرت موانع أخرى مثل التصريح الواجب استصداره بالنسبة للعسكريين للزواج فى أحوال معينة وهو ما انتهت المحاكم الفرنسية إلى استبعاده على أساس من تطبيق الدفع بالنظام العام ، على الرغم

---

(١) Cass. Civ., 30 Nov. 1938, Sirey, 1939, I. P. 63.

(٢) انظر : La garde : Op. Cit., No 151

والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٢ ومابعدها.

من عدم النص عليه ضمن نصوص الاتفاقية[١]، وهو ما يثبت عدم إمكانية وضع بيان كامل بكل ما يتعارض مع النظام العام لاسيما وأن النظام العام – على نحو ما أسلفنا – فكرة نسبية ومتطورة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان. فالطلاق الذى كان محظورا فى ايطاليا وأسبانيا حظرا يتعلق بالأسس الجوهرية للمجتمع لم يعد كذلك فى الوقت الحالى ، فإذا كان إعداد قائمة بالحالات التى تتعلق بالنظام العام أمرا عسيرا فإنها إذا أعدت ظهرت صعوبة أكبر فى تطويرها المستمر بتطور المصالح الجوهرية للمجتمع.

معيار الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية :

إذا كان تحديد ما يدخل فى النظام العام فى ظل القوانين الوضعية أمراً صعباً وغير ثابت فإن الأمر غير ذلك فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن جاز تطبيق شرائع غير المسلمين والأجانب فيما أقروا عليه – بمعنى تطبيق شرائع أجنبية غير الشريعة الإسلامية فى دار الإسلام – إلا أن هذه الإجازة ليست على إطلاقها إذ يشترط ألا يكون فى تطبيق القانون أو الشرع الأجنبى إضرار بالمسلمين، أو بعبارة أخرى ألا يكون فى الأخذ بأحكام الشرع الأجنبى إهمال للأحكام الإسلامية التى لا تقبل التغيير ولا يباح الخروج عليها مطلقا.[٢]

ذلك أن إطلاق الأخذ بأحكام الشريعة الدينية أو الوضعية الأخرى يؤدى إلى تقويض لدعائم المجتمع الإسلامى فى بلاده

---

(١) Màrkarov: Op. Cit., P. 307-311.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ص ١٧١.

واستهتار بتعاليمه الثابتة فى حق جميع المقيمين فى دار الإسلام بلا استثناء.(١)

وعلى ذلك فإن إجازة تطبيق الشرائع والقوانين الأجنبية يجب ألا تنسحب إلى المسائل المتعلقة بكيان المجتمع، بل يجب أن تقتصر على الأحكام التى تحتمل التبديل والتغيير.

ومن ثم فإذا كنا بصدد حكم من الأحكام التى لا تحتمل التبديل والتغيير فلا ينظر إلى تشريع أو قانون غير الشريعة الإسلامية.(٢)

بمعنى أن تطبيق الشرائع الأجنبية فى دار الإسلام معياره ألا يكون فى تطبيقها إضرار بالمسلمين وألا يكون فى تطبيقها إهدار للقواعد الأساسية والجوهرية التى لا تقبل التبديل أو التغيير فى الشرع الإسلامى، ولاشك فى أن مثل هذه الأحكام مما استقر على تحديده الفقه والقضاء فى الإسلام، مما يجعل معيار تحديد ما

---

(١) مثل زواج المحارم أو أحكام الزنا حيث تسرى على المسلمين وغيرهم دون استثناء.

(٢) يقصد بالحكم الذى يحتمل التبديل "كل حكم كان أصليا قبل الخطاب على وجه لو لم يرد الخطاب لبقى مشروعا فى حق المسلمين" مثال ذلك ما يتعلق بالخمر: فالخمر كانت مباحة قبل نزول الحكم بتحريمها ، وبهذا التحريم أصبح بيع الخمر غير جائز بين المسلمين، مع أنه كان جائزا قبل ذلك ، ولو لم يصدر هذا التحريم لاستمر البيع صحيحا حتى بين غير المسلمين.
وعلى خلاف ذلك فان الحكم القاضى بتحريم الزنا ، حكم لا يحتمل التبديل ، لأنه لو لم يحرم صراحة لما كان مشروعا فى حق المسلمين، إذ أجمعت كل الشرائع على حرمته.
وبالمثل فإن حكم الربا قد ورد فى القرآن ما يدل على سبق تحريمه حتى على غير المسلمين إذ يقول الحق سبحانه "وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل" ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ألا من أربى فليس بيننا وبينه عقد". ومن ثم فحكم الربا لا يقبل التبديل أو التغيير.

يتعلق بالنظـام العـام أمـراً أكثر يسرا ممـا هـو عليـه بشأن القوانين الوضعية.

المطلب الرابع

آثار الدفع بالنظام العام

استتبع اختلاف الفقهاء على طبيعة الدفع بالنظـام العـام أن اختلفوا حول نطاقه، الذى يتغير بتغير النظرية التى يؤخذ بها ضيقا واتساعا، وبتغير الزمان والمكان. إلا أنه يمكن القول بأنه وفق هذا النطـاق تتحدد آثـار الدفع بالنظـام العـام هـى أيضـا ضـيقا واتساعا بحيث نجد آثار عادية وأخرى استثنائية.

أولا : الآثار العادية :

وجد اتجاهـان فـى أقوال الفقهاء وفـى التشريعات فـى نطـاق هذه الآثار.

الاتجاه الأول : استبعاد الجزء المخـالف للنظـام العام من القـانون الأجنبى :

اتجه الفقه الالمـانى – بصفة خاصـة – إلـى أن تطبيـق فكـرة النظـام العـام يجب ألا يـؤدى إلـى استبعاد القـانون الأجنبـى بأكملـه، وإنمـا تـستبعد فقـط القاعـدة أو القواعد المخالفـة للمبـادئ الأساسية للنظام القانونـى الوطنـى للقاضـى(١)، متـأثرا فـى ذلـك بحكـم محكمـة الرايخ Reichsgericht فى ١٩ ديسمبر ١٩٢٢ بشأن استبعاد قاعدة عدم تقـادم الـديون الـواردة بالقـانون السويسرى – القـانون الأجنبـى

---

(١) Alexander N. Markarov: Grundriss des internationalen Privatrechts, Frankfurt am main, 1970, P. 98 – 100.
Hans Dölle: internationales privatrecht, Ein Einführung in seine Grundlagen, 2nd ed. Karlsruhe, 1972, P. 112-113.

واجب التطبيق – وتطبيق قاعدة التقادم بمضى عشر سنوات[١].

وقد وجد لهذا الاتجاه مجال للتطبيق فى العديد من الدول، إذ قننه المشرع البرتغالى بالمادة ٢/٢٢ من القانون المدنى التى أوجبت عدم الرجوع إلى القانون الوطنى للقاضى إلا بعد أن يحاول تطبيق ما يصلح من القواعد فى القانون الأجنبى ذاته. والمشرع النمساوى بالمادة ٢/٦[٢] من مجموعة القانون الدولى الخاص والتى تقرر أنه لا يجوز تطبيق حكم فى القانون الأجنبى إذا كان تطبيقه يؤدى إلى نتيجة تتعارض مع القيم الأساسية للنظام القانونى النمساوى ، والمشرع المصرى بالمادة ٢٨ من القانون المدنى والمشرع التركى بالمادة /٥ [٣] من مجموعة القانون الدولى الخاص.

وقد استند هذا الاتجاه إلى أن الاستبعاد الجزئى للقانون يتفق مع غاية وطبيعة الدفع بالنظام العام، إذ الهدف هو درء الخطر الذى يتهدد الأسس والقيم العليا للمجتمع الوطنى والوسيلة المستخدمة هى وسيلة ذات طبيعة استثنائية تقطع المجرى الطبيعى لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، ومن ثم يجب ألا نتوسع فى تفسيرها ولا فى استخدامها احتراما لقاعدة التنازع الوطنية.

---

(١) انظر الحكم منشور فى Rev. crit. Dr. int. pr, 1926, P. 278

(٢) انظر :

Alfred Duchek-Fritz Schwind: internationales privatrectht, Vienna, 1979, P. 25-26.

(٣) فى التعليق عليها . انظر :

Gülören Tekinalp: Der Turkische "Gesctentwurf über internationales privatrecht und Zivil verfahrensrecht, Rabel Z Vol. 46, 1982, P. 370.

الاتجاه الثاني: الاستبعاد الكلى للقانون الأجنبى وتطبيق قانون القاضى:

يلاحظ أنه من المعتاد ألا يتكلم المشرع عن الأثر الناتج عن تطبيق الدفع بالنظام العام ومن ثم اتجهت الآراء التى تتكلم عن الإسناد الاجمالى للقانون الأجنبى ، واعتبار هذا الأخير كل لا يتجزأ ، فلا يصح استبعاد بعض قواعده دون البعض الأخر ، إلى وجوب الاستبعاد الكلى للقانون المشار إليه على أن يتم ملء الفراغ الناجم عن ذلك بتطبيق القانون الوطنى للقاضى.(١) وهو ما وجد مجالا للتطبيق فى العديد من الدول إذ قننه المشرع الكويتى بالمادة ٧٣ من القانون المدنى الكويتى الصادر عام ١٩٦١، واتبعه المشرع الجابونى بالمادة ٣٠ والسنغالى بالمادة ٨٥١ والمشرع الاماراتى بالمادة ٢٨.

اختلاف آثار تطبيق الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية عنها فى النظم الوضعية:

تختلف هنا الآثار التى يرتبها الدفع بالنظام العام فى القوانين الوضعية عن تلك التى يرتبها تطبيق الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية، فلا مجال للأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئى. إذ من المقرر أنه فيما يتعلق بأحكامها التى لا تقبل التغيير والتبديل أنه يجب استبعاد أى قانون أو تشريع أجنبى استبعاداً كلياً لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية التى تستأثر بكل الاختصاص التشريعى، سواء فى ذلك أن تتعلق القاعدة الواجب استبعادها بجانب الموضوع أم بجانب الشكل من جانبى صحة نشأة المركز القانونى، وسواء فى ذلك أن يعرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق أم فى

---

(١) انظر :
P. Lagarde: Recherches, Op. Cit., P. 201-218.

مرحلة نفاذه.[١]

ذلك أنه إذا كان استبعاد القانون الأجنبى أمراً واجباً كلما تخلف الاشتراك القانونى بين قانون القاضى والقانون الأجنبى المختص، فإنه يكون واجبا كلما كان تطبيق القانون الأجنبى يمكن أن يمس أصلا من أصول التشريع الإسلامى باعتباره المصدر الأول للقانون فى مصر والبلاد الإسلامية ، سواء كان سبب هذا الانقطاع راجعا إلى أسباب فنية، كما إذا كانت دولة القاضى تجهل النظام القانونى الذى يطبق فى الدولة الأجنبية ، أو لاعتبارات ملائمة، كما إذا كان قانون القاضى لا يقر وضعا سائدا فى القانون الأجنبى المراد تطبيقه فى هذا الصدد مثل إثبات نسب الولد الطبيعى .

فإذا كانت فكرة النظام العام فى القوانين الوضعية فكرة نسبية فإنها فى الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة فى حدود ما لا يقبل التبديل أو التغيير من الأحكام أما إذا كان هناك مجال لتطبيق تشريعات أخرى فى حدود ما تسمح به القواعد الشرعية بتطبيق شرائع غير المسلمين فى دار الإسلام من معاملات تتصل بالعقيدة مثل الزواج فأن الفكرة تصير نسبية طالما ارتبط التطبيق بقواعد تقبل التغيير وفق ما يذهب إليه واضعى هذه التشريعات الملية والطائفية[٢]، ومن ثم يجب استبعاد كل قانون أجنبى يتنافى مع التشريع الإسلامى وأسس العقيدة الدينية، أى يتنافى مع النظام العام

---

(١) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، اساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٥٣ سنة ١٩٩٧ ص ٣٤، ، ٥٧، ١١٨، بند ٩٤، ولنفس المؤلف اطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٥، ص ١٠٣ ومابعدها، والدكتور محمد شتا ابو سعد، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامى، ط ١٤٠٧هـ - ١٩٧٧م ، ص ١٤٩- ١٥٠، ١٩٢.

(٢) انظر مؤلفنا إبرام عقد الزواج ، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦/٢٠٠٧م.

الإسلامى، استبعادا كليا مع إحلال القانون الإسلامى محله، بغير تفرقة فى آثار النظام العام بين حالة يعرض فيها الدفع بمناسبة إنشاء الحق فى دولة القاضى أو بصدد نفاذه فيها. خاصة وأن القاعدة الأصلية هى أن أحكام الإسلام إقليمية فى دار الإسلام، ومن ثم فهى تلزم كمبدأ عام المسلمين وغير المسلمين فيما يتعلق بالمعاملات.

ثانيا : الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام:

١ - الأثر المخفف للدفع بالنظام العام :

يفرق الفقهاء فى صدد أثر الدفع بالنظام العام ما بين فرضين: **أولهما :** أن يثار الدفع أمام القاضى بشأن علاقة تمت فى بلده. **وثانيهما:** أن يثار الدفع أمامه بشأن علاقة تمت فى الخارج ويراد التمسك بآثارها فى بلده، وبعبارة أخرى أن يثار الدفع بشأن حق اكتسب فى الخارج .

ويرون أن اثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين.

فبالنسبة للمراكز القانونية التى يراد إنشاؤها فى دولة القاضى ، مثل إبرام زواج ، إيقاع طلاق .... الخ ، يجب أن يرتب الدفع بالنظام العام أثره كاملا بحيث يستبعد القانون الأجنبى الذى يتعارض مع مقتضيات النظام العام ، ليحل محله قانون القاضى الذى ينظر النزاع.

أما بالنسبة للمراكز القانونية التى تمت نشأتها بالفعل فى الخارج وفقا لأحكام قانون اجنبى مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى ، إلا أنه ورغم ذلك يراد أن يحتج بها فى إقليمه الوطنى، فأن الدفع بالنظام العام لا يرتب كامل أثره. مثال ذلك أن يبرم مسلم زواجه الثانى فى مصر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ثم ترفع

ضده زوجته دعوى تطالبه بأى أثر من أثار الزواج ، إذ لا يملك القاضى الفرنسى الحكم ببطلان مثل هذا الزواج أو عدم الاعتداد به بشأن الطلب المعروض عليه على الرغم من أن تعدد الزوجات يصطدم بالنظام العام فى النظام القانونى الفرنسى. وهذا هو ما يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام .

ويستند المدافعين عن هذه الفكرة إلى عدة أسانيد منها :

أ - أن الشعور العام فى دولة القاضى لا يتأثر إزاء مركز أو علاقة تم نشوها فى الخارج بنفس القدر الذى يتأثر به إذا ما أريد إنشاء نفس العلاقة داخل دولة القاضى.(١)

ب - أن الأخذ بهذه الفكرة - على وجه خاص فى مجال الأحوال الشخصية - يسمح بدوام حالة الشخص ، واحترام المراكز الواقعية التى تكونت بالفعل والتى لا يجب إهدارها.(٢)

ج - أن هذا الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام هو ما يتفق مع طابعه النسبى.

فالقاضى الوطنى لا يعمل الدفع بالنظام العام بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوها بالخارج نظراً لأن نشأة هذه المراكز لا صلة له بالنظام القانونى الوطنى حتى يتعين البحث عن مدى اصطدامه بالنظام العام فى دولة القاضى .

د - أن الأخذ بهذه الفكرة أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٣٩.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٦١٦ "فالزواج الذى يتم صحيحا فى الخارج، وفقا للقانون المختص وقت انعقاده ، يجب أن يظل صحيحا ، ولا ينقلب إلى علاقة غير شرعية على أثر التمسك بأثاره فى الخارج".

ذلك أن الأخذ بالأثر الكامل للدفع بمخالفة النظام العام بشأن العلاقات التى تتم خارج إقليم الدولة التى يتبعها القاضى "من شأنه الحد من العلاقات القانونية التى تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولى للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظراً لحرمانها مما تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدائنين فى المجال الدولى".(١)

٢ - الأثر الانعكاسى للنظام العام :(٢)

ثار التساؤل عن قيمة العلاقة القانونية التى تتم وفقا لمقتضيات النظام العام فى بلد القاضى ، فى البلاد الأخرى ؟.

والحقيقة أنه "إذا كان لا نزاع فى أن الحق الناشئ من هذه العلاقة يحتج به فى بلد القاضى ، فانه لا نزاع أيضا فى أن هذا الحق لا يحتج به فى البلد الأجنبى الذى استبعد قانونه. أما الاحتجاج بالحق فى البلاد الأخرى أو عدم الاحتجاج به فيتوقف على مدى توافق مقتضيات النظام العام فى الدولة الثالثة مع هذه المقتضيات فى بلد القاضى أو فى البلد الذى استبعد قانونه . فإن ضم الدولة الثالثة ودولة القاضى اشتراك قانونى ، كانت مقتضيات النظام العام فيهما واحدة وأمكن الاحتجاج فى الدولة الثالثة بالحق الذى نشأ فى دولة القاضى، وهذا هو ما يعبر عنه بالأثر الانعكاسى للنظام العام . أو ما يعبر عنه "بأن النظام العام الاجنبى ، لم يكن فى حقيقة الأمر سوى أداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطنى ذاته".

وأما أذا كانت الدولة الثالثة لا يضمها اشتراك قانونى مع

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٤٠.
(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٥٠.

دولـة القاضـى بل يضمها اشتراك قـانونى مـع الدولـة التـى استبعد قانونها ، لما أمكن الاحتجاج بالحق فى تلك الدولة الثالثة .

وعلى ذلك فلو رجعنا إلى قضية زواج اليونـانيين فـى الشكل المدنى فـى فرنسا، فـأن هذا الزواج لا يحتج بـه فـى اليونـان (التـى استبعد قانونها الذى يرفض الزواج المدنى) حيث الزواج نظـام دينى، ومع ذلك يمكن أن يحتج بـه فـى بلجيكا حيث الزواج نظـام مدنى[1] وهكذا .

المبحث الثالث

الدفع بالغش نحو القانون

يحـرص المـشرع حـين يـضع قواعـد الإسـناد لحـل مـشكلة التنازع بين مختلف النظم القانوني؛ على مراعاة اعتبارين، أولهمـا: حماية المصلحة العامة الوطنية. وثانيهما: حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة .

غير أن المصالح الخاصة لأطراف العلاقة ربما تدفعهم إلـى محاولة تجنب القانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد بالتغيير فـى عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية ليتغير ضـابط الإسناد على نحو يتغير معه القانون الواجب التطبيق ، وذلك هو ما يطلق عليه الفقهاء الغش نحو القانون.

---

(١) انظر : Niboyet: op. cit., no. 518.

المطلب الأول

مفهوم الغش نحو القانون

يعرف الغش نحو القانون ، بصفة عامة ، بأنه "التدبير الإرادى لوسائل مشروعة فى ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه".(١)

أما فى مجال القانون الدولى الخاص ، بصفة خاصة، فيمكن تعريفه بأنه "التعديل الإرادى النظامى للعنصر الواقعى فى ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا ، سواء كان قانون القاضى أم قانون اجنبى".(٢)

فبشأن العلاقات ذات العنصر الاجنبى يتحقق الغش نحو القانون أذا ما قام ذوو المصلحة بتغيير احد العناصر التى تستمد منها ضوابط الإسناد "التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة ".(٣)

لما كانت ضوابط الإسناد تستمد من "الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بالعنصر الرئيسى فى العلاقة". وكان لإرادة الأفراد دخل فى اختيار هذه الظروف أو فى تغييرها ، كان لها

---

(١) تعريف H. Desbois برسالتــه فى "الغش نحو القانون" مشار اليها لدى الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٥٥٧.

(٢) تعريف الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٢ وهو معبر بدقة عن المسألة المعروضة .

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٤١.

القدرة على أحداث أثار قانونية فى مجال العلاقات الخاصة الدولية، وهى ، أى الإرادة، "تجنح فى الغالب إلى الفكاك من أى قيد يحد من سلطاتها أو يقلل من استفادتها" .

كان من المتصور أن "يسعى الأفراد إلى تغيير الظروف المتصلة بعنصر العلاقة الرئيسى وذلك بخلق ظروف جديدة يترتب عليها تغيير ضابط الإسناد بحيث يتسنى لهم الهروب من القانون الذى كان يجب أن يحكم العلاقة لو أن الظروف المحيطة بعناصر العلاقة ظلت كما هى دون تغيير، وإخضاع العلاقة لقانون آخر بمقتضى الضابط الجديد".(١)

المطلب الثانى

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يتضح من تعريف الغش نحو القانون فى مجال العلاقات الخاصة الدولية أن هناك شرطان يجب توافرهما لإمكان الدفع به هما :

أولا : إجراء تغيير إرادى فى ضابط الإسناد :

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادى فى الغش، وهو إجراء تغيير إرادى فى ضابط الإسناد(٢)، بمعنى أن تلعب الإرادة دورا فى قلب الاختصاص وتحويله من

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٤٢.
(٢) أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٤٢٦.

قانون إلى آخر.[١]

وعلى ذلك فلا يتصور توافر هذا الشرط إلا إذا كان ضابط الإسناد مما يكون للإرادة دورا فى تحديده أى أن يكون من الضوابط التى يمكن تعديل العنصر الواقعى فيها، كضوابط الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول .

وهنا ثار تساؤل عن إمكانية توافر الركن المادى للغش بتغيير الديانة؟

والحقيقة أنه رغم عدم اعتداد المشرع بالديانة كضابط لإسناد العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا إلا أن البعض يرى أن الركن المادى للغش كما يمكن أن يتحقق حالة تغيير الديانة فى مجال التنازع الداخلى للقوانين[٢] فانه يتحقق كذلك فى مجال العلاقات الخاصة الدولية فيما لو كان تغيير الديانة قد تم باعتناق الإسلام بغرض الأستفادة من استقرار المحاكم فى دولة مثل مصر فى مجال الأحوال الشخصية على استبعاد القوانين الأجنبية المختصة ، اخذاً بالدفع بالنظام العام ، متى تعارضت مع حقوق المسلمين ، بصرف النظر عن حقيقة الدوافع الكامنة وراء اعتناق الشخص للإسلام.[٣]

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية- مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤ - ٢٨٧.

(٢) انظر المادة /٧ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن تغيير الملة والطائفة أثناء سير الدعوى . وأنظر الدكتور سمير تناغو، أحكام الأسرة ط ١٩٦٨ ، ص ٦١.

(٣) أنظر فى هذا الرأى وتأييده الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٣٢٧- ٣٢٨ ، وأنظر من الأحكام التى اعتمدت هذا الاتجاه قضاء الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٩ ابريل ١٩٤٢ منشور فى مجلة التشريع والقضاء س ٥٦ ص ١٣٣.

إلا أننا نؤيد الاتجاه الغالب الذى يذهب إلى رفض إعمال نظرية الغش على أساس أن اعتناق الزوج للإسلام يمتنع معه تطبيق قانون جنسيته الأجنبية الذى يحظر ، مثلا ، الطلاق لمخالفة ذلك للنظام العام فى مصر(١).

وأيا كان الأمر فقد أشترط الفقهاء لكى يتوافر هذا الشرط أن يتحقق له العناصر الآتية:

أ - أن يكون قد وقع سليما ونظاميا :

يشترط أن يكون التغيير قد وقع فعلا ووفق ما يشترطه القانون حتى يمكن الاعتداد به.

"فمن غير جنسيته أو موطنه ينبغى أن يكون قد استوفى الشروط المقررة قانونا وأكتسب فعلا الجنسية ، أو الموطن حسب قانون دولة الجنسية أو الموطن الجديد .

وعلى هذا لو أدعى شخص اكتساب جنسية دولة معينة وطالب بتطبيق قانون دولة جنسيته الجديدة ، لكن اتضح أن اكتسابه لتلك الجنسية لم يكتمل ولا تعتبره دولة تلك الجنسية من رعاياها ، فلا مجال للدفع بالتحايل أو الغش نحو القانون ، لأن تغيير ضابط الإسناد لم يتم من الناحية الواقعية والقانونية ، إذ يكفى لاستبعاد قانون دولة الجنسية الجديدة الدفع بعدم اكتسابه لتلك الجنسية"(٢).

ومعنى هذا أنه يجب أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعليا. إذ

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٢ يونيو ١٩٥٢ منشور فى مجلة المحاماة السنة ٣٦ ص ٩٠٠، وانظر فى الاعتراض على ذلك الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، هامش (١) ص ٣٢٨، ٣٢٩.

(٢) الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٨٧ ومابعدها.

لو كان التغيير صوريا لما كنا فى حاجة إلى أعمال الدفع بالغش نحو القانون. حيث يكفى التمسك بأحكام الصورية،(١) كأن تتخذ الشركة مركزا صوريا للإدارة للتهرب من أحكام قانون الدولة التى فيها مركز إدارتها الفعلى .

ب - أن يكون إراديا :

يشترط أن يكون التغيير وفق الإرادة السليمة لصاحب المصلحة، فإذا فرض على الشخص أن يُغير جنسيته، كأن ثبتت له الجنسية الجديدة بالزواج من أجنبية ، فإن تغير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك لا يسوغ استبعاد هذا الأخير استناداً للدفع بالغش نحو القانون. إذ أن التغيير فى العنصر الواقعى الذى يستخدم فى إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضا بغير ان يكون مقصودا لذاته.

ج - أن يكون منتجا:

وأخيراً يشترط فى التغيير الذى وقع إراديا على العنصر الواقعى أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعى . فإذا غير الشخص مثلا جنسيته ليحقق هدفه من التحايل على القانون ثم تبين أن دولة القاضى لا تعتد بالجنسية بل بالموطن ، أو غيرت فى قواعد الإسناد فى قانونها بحيث صار ضابط الإسناد هو الموطن بدل من الجنسية ، لم يتحقق الشرط الأول من شروط الدفع بالغش نحو القانون .

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٦٢، ص ٨١، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٢٩، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢١٨.

ثانيا : نية التحايل أو الغش نحو القانون :

لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعليا ومشروعا ومنتجا ، بل يتعين أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا[١].

ويستدل القاضي على توافر هذا العنصر المعنوى من خلال تبينه من ظروف وملابسات النزاع بحيث يظهر له "أن التغيير قد تم خصيصاً من أجل تحقيق نتيجة محددة دون أن يقبل الأطراف النتائج الأخرى والجوهرية اللازمة المترتبة على ذلك التغيير ، كعدم قبولهم ، مثلا الواجبات التى يفرضها تمتعهم بالجنسية الجديدة"[٢].

وقد اختلفت الآراء فى أهمية هذا الشرط فقد ذهب البعض إلى أنه ليس ثمة ما يدعو إلى اشتراط هذا الشرط "بمقولة أنه صعب الإثبات حيث يستلزم خوض القاضى فى النوايا والبواعث النفسية الداخلية وهى أمور لا يسهل إثباتها على نحو يقينى".

إلا أننا نرى مع الرأى الغالب وجوب توافر هذا الشرط خاصة وأن الاستدلال على نية التحايل على القانون هو "مسألة معيارية يعتمد تقديرها على قرائن الحال، وملابسات كل قضية على حدة".

فقد يستشف القاضى توافر هذه النية من "التزامن بين التغيير الطارئ على ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذى

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٣٠.
(٢) الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

يشير به هذا الضابط ، كأن ينقل البائع المنقول إلى دولة أخرى ، ويطلب إبطال الحقوق التى ترتبت عليه وكانت صحيحة وفقا لقانون الموقع القديم".

وقد يستفاد انتفاء نية التحايل من التماثل أو التطابق بين أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا والقانون الذى صار مختصا بعد تغيير ضابط الإسناد"(١).

على أن **سلطة القاضى** فى تقدير توافر نية الغش من عدمه ليست مطلقة من كل قيد وإنما **تخضع لرقابة محكمة النقض** باعتبار أن التحايل فى ذاته إخلال بقاعدة قانونية هى قاعدة الإسناد . ومن ثم فتقدير مدى هذا الإخلال وتوافر نية الغش يعتبر من المسائل القانونية لا الموضوعية(٢).

المطلب الثالث

آثار الدفع بالغش نحو القانون

يثير الدفع أمام القاضى بالغش نحو القانون تساؤلا حول الآثار التى تترتب عليه . والراجح أن للدفع بالغش أثران احدهما سلبى والآخر ايجابى .

---

(١) المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) وعلى ذلك فانه إذا قضى الحكم مثلا ببطلان التطبيق الذى تم وفقا للقانون الذى غير ضابط الإسناد لصالحه، ولمجرد التغيير ، دون أن يبين الحكم ان ذلك التغيير كان هدفه الوحيد هو الإفلات من أحكام القانون واجب التطبيق اصلا ، كان مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه. إذ يحتمل أن يكون الحكم قد ادخل عنصرا غير منتج فى تقدير وجود نية الغش ، فى حين أن التطليق لم يكن غير نتيجة طبيعية لتغيير ضابط الإسناد. أنظر المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

أولا : الأثر السلبى : استبعاد القانون الذى تم الغش توصلا لتطبيقه.

لما كان الهدف من قيام أطراف العلاقة بالتلاعب فى واحد أو أكثر من العناصر الواقعية التى تؤثر فى تحديد ضابط الإسناد هو التوصل إلى استبعاد قانون لصالح قانون آخر ، فإن الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة لقانون القاضى هو إحباط أثر ذلك التلاعب نحو الاختصاص باستبعاد القانون الذى حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه وعدم نفاذ أى أثر له، حماية للمصالح الخاصة المشروعة للغير - ممن قد تضار مصالحهم بينما هم ليسوا بأطراف فى العلاقة – ودفاعاً عن سلطان القانون الذى يتلاعب الأطراف بقصد استبعاده .

إذ على الرغم من أن التحايل على القانون يتم باستخدام وسيلة مشروعة قانونا - كالحق فى تغيير الجنسية أو الموطن - إلا أنه يتم من "أجل الوصول إلى نتيجة "غير مشروعة" ، لا فى ذاتها، بل بالنظر إلى سوء نية الأطراف وإلى افتعالهم للعنصر الاجنبى الذى يرتبط به ضابط الإسناد"[١].

ولما كانت الحماية المستهدفة لا تقتصر على المصالح الخاصة المشروعة للغير وإنما تمتد لحماية سلطان القانون سواء كان هو قانون القاضى أو قانون آخر اجنبى فأنه يجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى لو كان المتمسك به طرفا فيه .

ومعنى ذلك أنه "اذا تواطأ زوجان على التجنس بجنسية

---

(١) أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

دولـة أجنبيـة للتوصـل إلـى الحكـم بـالطلاق بينهمـا، وحصـلا علـى الطلاق ، ثم تزوج أحدهما للمرة الثانيـة ، فأنـه يجوز للزوج الأول أن يتمسك مـع ذلـك بالدفع بـالغش حتـى لا ينفـذ الطـلاق والـزواج الثانى فى مواجهته".(١)

ولكن إلى أى مدى يسرى هذا الأثر السلبى؟

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة ما بين مضيق وموسع لنطـاق هذا الأثر على النحو الآتى:

الرأى الأول : عدم نفاذ النتيجة :

نفضل مـع جانـب كبيـر مـن الفقهـاء القـول "بـأن أثـر الغش ينحصر فى عدم نفـاذ النتيجـة غيـر المشروعة التى سعى الشخص إلـى التوصـل إليهـا حينمـا قـام - بـالتغيير الـذى أدى إلـى - تغييـر ضابط الإسناد".(٢)

وعلـى ذلـك فـإذا كنـا بصـدد تغييـر زوجـة لجنـسيتها بهـدف التوصل إلى استصدار حكم بالتطليق علـى خلاف القانون الذى كـان يجب تطبيقه، فـإن اثر هذا التحايل يقتصـر علـى عدم نفاذ الطـلاق

---

(١) على الرغم من مخالفة ذلك للقواعد العامة فى القانون الداخلى والتى تقضى بأنـه لا يجوز لأحد أن يستند إلـى مـا يصدر عنـه مـن غش . أنظر الدكتور محمد كمـال فهمـى. أصـول القـانون الـدولى الخـاص. ط ١٩٥٥ ، بنـد ٣٧٧ والـدكتور هـشام صـادق، المرجع السابق ، ص ٣٥٠.
وفى تأييد هذا الرأى انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ص ٦٧، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٢) أنظـر فـى تأييد هذا الرأى الدكتور هشام صـادق ، المرجـع السابق ، ص ٣٤٩، ٣٥٣.
وأنظر :
J.P. Niboyet: Traité de droit ….. op. cit., No. 1090.

دون أن يتطرق إلى الجنسية الجديدة ذاتها التى تبقى منتجة لآثارها القانونية فيما يتصل بأى مسألة أخرى خلاف النزاع المذكور .

ويستند هذا الرأى إلى عدة أمور هامة منها :

١ - **طبيعة الدفع بالغش :** فالدفع بالغش نحو القانون فى نطاق القانون الدولى الخاص يختلف عنه فى القانون الداخلى . فهو فى الأول وسيلة احتياطية لحماية قاعدة التنازع ويجب استعمالها فى الحدود التى تحقق تلك الغاية .

٢ - **مبدأ عدم الاختصاص :** فالقاضى الوطنى غير مختص للحكم بأبطال الإجراء الذى تم به تغيير ضابط الإسناد لاسيما التجنس والتوطن خاصة وأنها تتم بوسيلة مشروعة فى ذاتها.

٣ - **فكرة الجزاء المضاعف :**

فإذا كان الهدف من التحايل تحقيق غاية معينة دون النظر إلى باقى الآثار التى تترتب على التغيير فى ضابط الإسناد فأن من هذه الآثار ما قد يكون اشد أضرارا بالشخص الغاش من القانون الذى أراد التهرب من أحكامه، وفى معاملته بالقانون الذى أدى إليه الغش، فى غير المسألة محل النزاع، ردع له ومعاملة له بنقيض مقصوده.(١)

---

(١) لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦.

الرأى الثانى : عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة:

يرى جانب آخر من الفقهاء أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التى يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط، بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التى لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.(١)

وعلى ذلك، أذا رجعنا للمثال السابق لوجب القول بعدم الاعتداد بالطلاق فضلا عن التغيير الذى حدث فى الجنسية بحيث تعتبر الزوجة ماتزال محتفظة بجنسيتها الأولى ومن ثم خاضعة لقانون دولة هذه الجنسية.

ويستند أنصار هذا الرأى إلى أمرين أساسيين هما :

١ - أن الغش يفسد كل شيء:

فالدفع بالغش نحو القانون يقوم على فكرة معروفة فى القانون الداخلى هى أن الغش يفسد كل شىء حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة فى ذاتها ، فإن النية السيئة المصاحبة لها تفسدها. ذلك أن الغاية لا تبرر الوسيلة وبالتالى لا يمكن الفصل بينهما.

٢ - تفادى الازدواجية فى معاملة الشخص :

إذ لو قلنا بالرأى الأول واقتصرنا على عدم الاعتداد

---

(١) أنظر فى هذا الرأى :
L. Pigeonniere et Loussouarn: precises de droit international privé, 8 ed. Dallorz, 1962, No. 272.
والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ،والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤.

بالنتيجة مع استمرار الاعتداد بالوسيلة لانتهينا إلى معاملة الشخص (المستفيد من الغش) وفق قانون ما بصدد النزاع المعروض ثم معاملته وفق قانون آخر في المسائل الأخرى وهذا يؤدى إلى ازدواجية في معاملته وقد تؤدى إلى تناقض في الأحكام والمراكز القانونية، بينما يؤدى القول بعدم الاعتداد بالوسيلة والنتيجة معا إلى أن يكون الحل واحدا في جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون جنسية أو موطن واحد.(١)

ثانيا: الأثر الايجابي: تطبيق القانون الذى قصد الأطراف التهرب من أحكامه:

باستبعاد القانون الذى سعى الأطراف إلى تطبيقه غشاً ، ينشأ فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذى أرادو التهرب من أحكامه. وفي ذلك درء للأعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها ، بتطبيقها على النحو الذى كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.(٢)

ولما كان من أوصاف قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة الجانب ومن ثم فقد تؤدى إلى اختصاص القانون الوطني للقاضي

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٢٩٤.

(٢) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص ٨٤ ؛ والدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط ١٩٥٦ ، ص ١٤٩ ؛ والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٣٥٠؛ والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦.

أو إلى قانون آخر أجنبى بحكم النزاع ، فأن الأثر الايجابى للدفع بالغش نحو القانون قد يؤدى إلى حلول قانون القاضى أو قانون آخر أجنبى محل القانون الذى تم استبعاده.[١]

المطلب الرابع
مقارنة الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام

يعد الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام وسيلتين فنيتين لإقصاء القانون الأجنبى واجب التطبيق . وكلاهما ليس وسيلة فنية "عادية" بل "استثنائية" لذلك الإقصاء ، فلا يلجأ إليها القاضى ابتداءا ، بل كعلاج أخير لا مفر منه أو علاج احتياطى فى مواجهة القانون الأجنبى"[٢].

وبجانب أن هدفهما واحد، وهو حماية الأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى. فأن للقاضى فى تقدير توافر شروطهما سلطة تقديرية واسعة .

وقد اتجه جانب من الفقهاء إلى أن الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام بمقولة أنه "إذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة فى قانون القاضى، فأن تطبيق القانون الأجنبى فى هذه الحالة يشكل خرقا

---

(١) ومع ذلك هناك من يرى ضرورة تطبيق قانون القاضى دائما بدلا من القانون الذى تم استبعاده. فى هذا الرأى الدكتور محمد كمال فهمى. المرجع السابق، ص ٤١٥، ولعله قد فات سيادته أن الغش ربما يستهدف التهرب من قانون أجنبى لتطبيق قانون القاضى نفسه.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٦.

للنظام العام". [١]

إلا أننا نؤيد الرأى الراجح لدى غالبية الفقهاء وهو عدم قبول هذا الاتجاه نظرا لوجود فوارق جوهرية بين الوسيلتين ، تبصر باستقلالهما من الناحية الفنية يمكن تلخيصها فى النقاط الآتية :

١ - أنه إذا كان الدفع بالنظام العام لا يجوز التمسك به إلا فى مواجهة القانون الأجنبى المتعارض مع النظام القانونى لبلد القاضى[٢] فأن الدفع بالغش نحو القانون - على نحو ما يجرى عليه العمل فى القضاء - يمكن التمسك به فى حالة التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق سواء كان هو القانون الوطنى للقاضى أم كان قانونا أجنبيا. وبالتالى فهو أوسع نطاقا من الناحية العملية .

٢ - أنه إذا كان الدفع بالنظام العام يحمى المبادئ والأسس الجوهرية فى دولة القاضى من مضمون القانون الأجنبى واجب التطبيق ، فان الدفع بالغش نحو القانون يوجه ضد الوسيلة التى قادت إلى القانون واجب التطبيق أو إلى عنصر النية فى استعمال قاعدة الإسناد. [٣]

---

(١) أنظر عرض المسألة لدى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٤٠ وهو يشير الى رسالة
Vabres (H.D. de) L'evolution de La Jurisprudence Francaise en Matiére de conflit de Lois, Paris, 1905, P. 481.

(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ ؛ والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٤١؛ والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٨.

(٣) أنظر الدكتور محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، بند رقم ٣٧٨ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

"فإذا فرض مثلا أن قانون القاضى يمنع الطلاق وتجنس احد الزوجين بجنسية أجنبية يبيح قانونها الطلاق ، فأنه لا يمكن القول بأنه إذا كان التجنس بقصد الحصول على الطلاق يعتبر متعارضا مع النظام العام، فى حين أنه اذا كان التجنس جديا وحصل الزوج بعد ذلك على الطلاق لم يكن الطلاق مخالفا للنظام العام - وإنما تم بالغش - لأنه إذا كان مخالفا للنظام العام يجب أن يكون كذلك فى كلتا الحالتين على السواء بصرف النظر عن عنصر النية".[١]

٣ - كما يختلف الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش نحو القانون من حيث الأثر الذى يترتب على كل منهما. فبينما يؤدى الأول إلى استبعاد القانون واجب التطبيق وإحلال قانون القاضى محله، يؤدى الثانى إلى استبعاد القانون الذى أراد الأطراف تطبيقه غشا ، لصالح القانون الذى كانت قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيقه قبل وقوع الغش نحوه .

٤ - وإذا كان الدفع بالنظام العام غالبا ما يبدى فى مرحلة إنشاء الحق لكى يرتب أثره كاملا من حيث استبعاد القانون الواجب التطبيق وحلول قانون القاضى محله، وأحيانا فى مرحلة الاحتجاج بالمركز القانونى الذى نشأ بالخارج فيرتب أثرا مخففاً فحسب .

فأن الدفع بالغش نحو القانون غالبا ما يبدى فى مرحلة الرغبة فى الاحتجاج بالمركز القانونى - لا مرحلة إنشاؤه -

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق ، ص ٤١٧ - ٤١٨.

فيرتب بطلان كل ما تم بناء على الغش أعمالا لقاعدة أن الغش يفسد كل شيء.

مثال ذلك الزوجة التى تتجنس بجنسية أجنبية بغرض التهرب من قانون جنسيتها وجنسية زوجها للحصول على الطلاق وفق قانون جنسيتها الجديدة ثم تعود لتتوطن فى إقليم الدولة الأولى وتتمسك بمركزها القانونى الجديد - كمطلقة - الذى نشأ بالخارج . فإذا كان الطلاق فى حد ذاته ليس مخالفا للنظام العام فى الدولة الأولى ، فأن نية الغش نحو القانون التى صاحبت التجنس بجنسية الدولة الثانية وإن لم يترتب عليه بطلان التجنس - فذلك أمر خاص بدولة أجنبية - يترتب عليه بطلان المركز القانونى الذى ترتب بناء على هذا الغش .

الباب الثانى
تطبيقات قواعد تنازع القوانين
فى مسائل الأحوال الشخصية

لما كانت قواعد الإسناد من القواعد القانونية الوطنية التى يضعها المشرع الداخلى فى كل دولة، كانت النتيجة المنطقية لتلك الصفة الوضعية، هى احتمال اختلاف الضوابط التى يتبناها المشرع لإسناد العلاقات ذات الطابع الدولى إلى قانون معين، من دولة إلى أخرى.

إلا أن هذا الاختلاف ليس بالاختلاف المطلق إذ هناك من القواعد ما تتفق عليه التشريعات الوطنية المقارنة.

وقد حرص المشرع المصرى على أن يساير الاتجاهات التشريعية الحديثة فنظم مسائل تنازع القوانين فى المواد من ١٠ حتى ٢١ من مواد القانون المدنى ، ثم وضع قواعد تكميلية فى المواد من ٢٢ إلى ٢٤ من ذات القانون .

وقد جرى العمل على تقسيم قواعد الإسناد على أساس من صلتها بالعناصر الثلاث للعلاقات القانونية إلى قواعد تتعلق بالأحوال الشخصية وأخرى تتعلق بالأحوال العينية وهكذا، وهو ما يقتضى التعرض لكل هذه المسائل، إلا أننا سوف نقتصر فى هذه الطبعة من الكتاب على بيان قواعد اختيار القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية[1] لما يبرز فيها من اختلاف كبير فى

---

(١) يرجع ظهور مصطلح الأحوال الشخصية إلى القرن الثالث عشر "حينما ظهرت فى مدن ايطاليا بعض صور التنازع بين القواعد والأعراف الداخلية لتلك المدن من ناحية، وبينها وبين القانون الرومانى من جهة ثانية، وكان يطلق على هذه الأعراف "قوانين" أو "أحوال" ومن ثم أطلق اصطلاح الأحوال الشخصية ويقصد مجموعة القواعد والأعراف التى تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص، 'يقابل بذلك اصطلاح الأحوال العينية التى يقصد بها مجموعة القواعد التى تنظم المسائل المتعلقة بالمركز القانونى للأموال".

وقد استقرت هذه المصطلحات وصارت دارجة الاستخدام فى الكتابات الفقهية المعاصرة، إلا أنه ونظرا لصعوبة وضع تعريف جامع مانع للأحوال الشخصية

بعض الأحيان بين القوانين الوضعية الأوربية وقواعد الشريعة الإسلامية. على أن نتناول ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية والقانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية والوقائع المادية فى الطبعات التالية إن شاء الله.

وجدير بالذكر أنه يغلب ألا ينفرد قانون معين بتنظيم كافة عناصر العلاقة ذات العنصر الأجنبى ، فقد تتدخل عدة قواعد إسناد لبيان حكم العلاقة القانونية الواحدة ، بمعنى أن يشترك أكثر من قانون فى تنظيم نفس العلاقة كأن يدخل فرنسى مع مصرية فى عقد زواج يبرم فى هولندا . ثم يعرض نزاع بشأن العقد على إحدى المحاكم الوطنية ، فينعقد الاختصاص بالتكييف لقانون القاضى على النحو السالف بيانه بينما قد يخضع شكل العقد لقانون وموضوعه لقانون آخر علاوة على اختلاف القوانين التى تحكم أهلية الطرفين للتعاقد .

فقد جرى العمل على تعدد المسائل التى جرى العمل على إدراجها تحت هذا المصطلح، والتى تختلف من دولة لأخرى.
ومع ذلك فبإمكاننا الاسترشاد بنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم القضاء على أثر إلغاء المحاكم المختلطة فى مصر وإن كان قد ألغى بالقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الذى لم يتضمن هو ولا القوانين اللاحقة عليه نصا مماثلا لنص المادة ١٣ المشار إليها، والتى كانت تنص على أن "تشمل الأحوال الشخصية .... المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصايت والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وسوف نعالج هذه المسائل فيمايلى:

الفصل الأول : الحالة والأهلية.

الفصل الثانى: الزواج.

الفصل الثالث: الحضانة والنسب والنفقات.

الفصل الرابع: المواريث والوصايا.

الفصل الأول
الحالة والأهلية

علـى خـلاف القـوانين التـى تتبنـى اختيـار قـانون مـوطن الشخص كالقانون الدولى الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ والقوانين المعمـول بهـا فـى بريطانيـا والولايـات المتحـدة الأمريكيـة واستراليا[١]، أختار المشرع المصرى قانون الجنسية لحكم مسائل الحالة والأهلية بنص المادة ١١ من القانون المدنى والتى نصت على أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته .

أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى" مسايرا بذلك نظم قانونية أخرى حديثة مثل القانون الدولى الخاص النمساوى لعام ١٩٧٩ والقانون الدولى الخاص المجرى.

وسوف نعرض لكل من الحالة والأهلية فى المطلبين

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٥٠ - ٦٥١ ومابعدها.

التاليين.

المبحث الأول
الحـــالة

أولا : حالة الشخص الطبيعى:

تعـرف الحالـة بأنهـا "جملـة الـصفات التـى تحـدد مركـز الشخص من أسرته ودولته". فهى مجموعة من الصفات تقوم علـى أسس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة ، أو على أسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية.[1]

أو هـى الخـصائص التـى تحـدد وضـع الـشخص ومركـزه القـانونى ، وتتـأثر بهـا مجموعـة الحقوق والواجبات المقررة لـه او عليه .

وقـد ميـزت المـذكرة التمهيديـة المرفقـة بالقـانون المـدنى المصرى بين نوعين من الحالة :

١ ـ **الحالـة العامـة :** أى تبعيـة الفـرد للدولـة تبعيـة سياسـية وهى "الجنسية".

٢ ـ **الحالة الخاصة :** أى الوضـع القانونى للشخص بالنسبة لأسرته . "متزوج ، أعزب ، ابن ، أب ، أخ .... ".

ـ القانون الواجب التطبيق :

استقر الفقهاء على أن الحالة الخاصة هى المقصودة بالقاعدة الـــواردة بـنص المــادة /١١ ، ومـن ثـم تخـضع لقـانون جنـسية الشخص.

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية المرفقة بالمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ، الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول ، ص ٢٤٢.

إذ أن الحالة العامة "أى الجنسية" ليست موضوعاً لتنازع القوانين فلا تخصها قواعد إسناد وإنما تخضع للقواعد التى تحكم التمتع بالجنسية، أى لقانون الدولة التى يدعى الشخص انتماءه إليها بجنسيته ، إعمالا لمبدأ حرية كل دولة فى تنظيم جنسيتها . وإذا كنا بصدد حالة من حالات ازدواج الجنسية فإن قانون جنسية القاضى يكون هو الواجب التطبيق إذا ما كانت من بين الجنسيات التى يدعيها الشخص فإن كان الشخص عديم الجنسية طبق قانون موطنه بشأن حالته العامة أو السياسية.(١)

- مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الاسم :

اختلفت الآراء فى شأن القانون الواجب التطبيق على الاسم بحسب اعتباره من عناصر الحالة وبالتالى من الأحوال الشخصية أم لا .

فبينما لم يعتبر الاسم فى البلاد الأنجلوسكسونية من مسائل الأحوال الشخصية أتجه القضاء الفرنسى والإيطالى وأيده الفقهاء فى مصر إلى إخضاعه لقانون الجنسية باعتباره أمراً لصيقا بالشخص ويميزه عن غيره.(٢)

ثانيا: مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للحالة الخاصة بعديمى الجنسية:

على خلاف بعض النظم القانونية الحديثة التى تعتمد ضابط الموطن لم تبين المادة ١١ من القانون المدنى المصرى كيفية

---

(١) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٧٩ والدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٦٤٥.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٢٠٠.

اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق لحكـم حالـة الأشـخاص عـديمى الجنسية تاركة ذلك لاختيار القاضى بموجب المـادة ١/٢٥ من ذات القـانون التـى نـصت علـى أن "يعين القاضـى القـانون الـذى يجـب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية....".

وتفيـد الأعمـال التحـضيرية للقـانون المـدنى المـصرى أن الغالـب أن يعتـد القاضـى فـى هذه الحالـة بقـانون المـوطن أو محل الإقامة وهو القانون المصرى فى أكثر الأحوال[١]، اعتمادا فى ذلك على المنهج الواقعى فى تحديد الانتماء[٢].

ثالثا : حالة الشخص المعنوى :

أدى التطـور المعاصـر للحاجـات والظـروف الاقتـصادية والاجتماعيـة إلـى الاعتـراف لجماعـات مـن الأشـخاص كالـشركات والجمعيـات ، أو لجماعـات مـن الأمـوال كالمؤسـسات ، بالشخـصية القانونية أو الـصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمـل الالتزامـات ، ولـم يعد نشاط هذه الكيانـات قاصـراً علـى المعـاملات الوطنيـة المحضة بـل امتـد عبـر الحـدود الإقليميـة للدول فـى صـورة الـشركات عبـر الدوليـة النـشاط وقد نظـم المـشرع المـصرى حالـة هذه الأشـخاص المعنويـة بنص المـادة ٢/١١ من القانون المـدنى التـى نـصت علـى أن:

---

(١) انظر مج الأعمال التحضيرية ج١ ص ٣١٠ مابعدها.
(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط فى شرح نظام الجنسية، ص ٢٦٧ ومابعدها، انظر أيضا المادة ١/١٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الحالة الدولية لعديمى الجنسية المبرمة فى ١٩٥٤/٩/٢٨ وحكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/١٣ بشأن دعوى تطليق ايطالية من عديم الجنسية متوطن فى مصر. منشور فى مجلة التشريع والقضاء ١٩٥٤ ع١٩/ س ٦ ص ٣٥٣.

"أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى".

من هذا النص يتضح أن النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية[١] ، "أى تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه، وتنظيمها، وكل ما يتعلق بتكوينها وإدارتها وبالتصرف المنشئ لها، وطرق تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر على هذا التعديل ، وكذلك كل ما يتعلق بكيفية وأسباب انقضاء الشخص الاعتبارى . فيخضع لقانون الدولة التى يوجد بها مركز الإدارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى ، والشركة أو الجمعية أو المؤسسة".[٢]

ولكن ما هو المقصود بتحديد مركز الإدارة الرئيسى بأن يكون هو مركز الإدارة الفعلى ؟

قد تتعدد الهيئات القائمة بإدارة الشخص الاعتبارى وتكون

(١) عرفت المذكرة الإيضاحية المقصود بالنظام القانونى للشخص الاعتبارى وفقا لما هو وارد بالمتن وأخرجت منه المعاملات المالية التى ينطبق فى شأنها القانون الذى تحدده قاعدة الإسناد التى تحكم الرابطة القانونية التى يكون الشخص الاعتبارى طرف فيها . انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق بند ١١٢ و ١١٤ ص ٤١٢- ٤١٨. فى تنازع القوانين فى شأن نشأة الشخص الاعتبارى ، علاقة الشركة بالمكتتبين وتقدير الحصص العينية وتقويمها وإجراءات الشهر ونظام الصكوك التى يصدرها ونشاط الشخص الاعتبارى وانحلاله وتصفيته وحقوق الدائنين فى دور التصفية وقسمة أمواله وكذلك البنود ١٢١ حتى ١٢٤ فى إفلاس الشخص الاعتبارى.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦١.

موزعة بين عدة دول ، وقد يكون مركز الإدارة ، المحدد بعقد التأسيس ، صوريا ولذلك أشترط أن يكون مركز الإدارة العليا فعلياً، ويقصد بذلك أن يكون مركز الإدارة مرتبطا ارتباطاً حقيقياً بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها.

حالة تطبيق القانون المصرى (استثناء) :

آتى المشرع المصرى باستثناء هام على القاعدة العامة عندما نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢/١١ على أنه "ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى".

وعلى ذلك فإذا كان الإقليم المصرى هو مكان الاستغلال أو النشاط الرئيسى للشخص الاعتبارى خضع هذا الشخص للقانون المصرى وذلك حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسى الفعلى فى دولة أخرى.

"فبهذا الاستثناء أراد المشرع حماية المصالح الاقتصادية والتجارية التى يرتبط بها ممارسة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها الرئيسى فى مصر. فترك الأمر لقانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلي قد يؤدى إلى الأضرار بتلك المصالح ."

"ولا يكفى هنا أن يمارس الشخص الاعتبارى نشاطا أيا كان حجمه، بل يلزم أن يكون نشاطا رئيسيا غير ثانوى . فكون النشاط الذى يمارسه الشخص الاعتبارى نشاطا رئيسيا يقوى الرابطة اللازمة لتبرير تطبيق القانون المصرى. كما أن هذا يبرز أن المصالح الاقتصادية والتجارية لمصر تتأثر بهذا النشاط مما

يستوجب حمايتها بتطبيق القانون المصرى". [١]

المبحث الثانى
الأهلية

يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (Capacite de Jouissance) وأهلية الأداء (Capacite d'exercice) .

- أهلية الوجوب :

تعرف أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هى فى الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية .

فالشخص ، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا إنما ينظر إليه قانونا من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. ومن ثم فإن كل إنسان شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب التى تثبت له من وقت ميلاده، أو قبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا ، وإلى وقت موته ، وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه. وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت ، أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالشركة بعد أن تصفى .

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٣٦٢.

أهليــة الأداء :

وتعـرف أهليـة الأداء بأنهـا صـلاحية الـشخص لاسـتعمال الحق. ويقع أن تتوافر للشخص أهليـة الوجوب دون أهليـة الأداء ، فيكون متمتعا بالحق ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه.

ويتبين من ذلك أنـه يمكن فصل أهليـة الوجـوب عن أهليـة الأداء فصلا تاما[١].

القانون الواجب التطبيق على أهلية الوجوب :

رغم ان نص المادة /١١ قد أطلق القول بسريانه علـى أهليـة الأشـخاص إلا أن الـرأى الـراجح هـو عـدم سـريانه علـى أهليـة الوجوب [٢].

وقد تعددت الآراء فى تحديد القانون الذى تخضع لـه أهليـة الوجوب :

فقد اتجه البعض إلى أنها تخضع للقانون المصرى وحده باعتباره القانون الإقليمى[٣] .

بينما ذهب آخرون إلى أنـه يجب التفرقة بين الحقوق التـى يمكـن اكتـسابها فـى مـصر ، حيـث تخـضع للقـانون المـصرى والحقوق التى يمكن التمتع بها فـى الخـارج فتخضع لقـانون جنسية

---

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى . الوسيط فى شرح القانون المدنى . نظرية الالتزام بوجه عام المجلد الأول . ط ١٩٨١ . ص ٣٤١ ومابعدها .

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٨١ والدكتور هشام صادق. المرجع السابق. بند ١٦١، ص ٥٩١.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . الجزء الأول . بند ١٧٠.

الشخص[1] .

وهو فى الحقيقة لا يختلف كثيرا عن الرأى السابق إذ أن تحديد نطاق تمتع الأجنبى بالحقوق فى مصر لا يخضع إلا للقانون المصرى، بينما تمتعه بالحقوق فى الخارج يخضع للقوانين الأجنبية.

وذهب **فريق ثالث** إلى أن القانون الذى تخضع له أهلية الوجوب يختلف باختلاف الحق المراد معرفة مدى تمتع الشخص به ومن ثم باختلاف النظام القانونى الذى يندرج تحته هذا الحق ، فحق الشخص فى أن يوصى يدخل فى نظام الوصية وبالتالى يخضع لقانون الجنسية عملا بالمادة /١٧ من القانون المدنى المصرى ، وحقه فى أن يمتلك يدخل فى نظام الملكية وبالتالى يخضع لقانون المال عملا بالمادة /١٨.[2]

وذهب فريق رابع إلى وجوب إخضاع أهلية الأجانب لقانون جنسيتهم بالنسبة للحقوق الداخلة فى مسائل الأحوال الشخصية ولقانون الموطن بالنسبة للعلاقات المالية[3].

ونحن نميل إلى الرأى الأول إذ تخضع أهلية الوجوب لقانون واحد ، هو القانون المصرى لأن قانون القاضى هو القاعدة العامة التى يرجع إليها عند عدم وجود نص يفيد غير ذلك، هذا فضلا عن أن التمتع بالحق فى الدولة إنما يكون فى حدود ما تسمح

---

(١) انظر الدكتور جار جاد عبد الرحمن . تنازع القوانين . بند ١٢٩.
(٢) انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق . بند ١٦١ والدكتور/ احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤.
(٣) انظر الدكتور حامد زكى . المرجع السابق . ص ١٥٣-١٥٧.

به القوانين المعمول بها فيها.

القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء :

١ - القاعدة العامة :

جرى العمل فى المحاكم الفرنسية على إقرار قاعدة إخضاع الأهليـة لقـانون جنـسية الـشخص Nationalité, Facteur de rattchement du statut personel ، علـى نحـو مـا نـراه فـى حكم محكمـة بـاريس فـى قـضية الاسـبانى Busquta فـى ١٣ يونيـو ١٨١٤[١]. وهى نفس القاعدة التـى أقرهـا المشرع المصرى حين قرر إخضاع أهلية الأداء العامة للشخص لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته بموجب المادة ١١ من القانون المدنى.

فـإذا ثـار نـزاع حـول أهليـة أداء مـصرى الجنـسية فـى خصوص منازعة تتعلق بعقد دولى أو أى تصرف قـانونى آخر ، فإن القـانون المـصرى هو الذى يحدد معنـى الأهليـة ، وصـلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونيـة محل النزاع وكذلك إذا ثار نزاع حول أهلية فرنـسى الجنسية، فـإن القـانون الفرنـسى هو الذى يحكم المنازعة المثارة حول الأهلية .

ويـدخل فـى اختـصاص قـانون جنـسية الـشخص الـذى يثـور نزاع حول أهلية أدائه تحديد السن اللازم لاكتمال الأهلية، ومعرفـة ما إذا كان صبيا مميزا ، أو بالغاً رشيدا وتحديد الجزاء المترتب علـى مباشـرة نـاقص الأهليـة لتـصرفات معينـة ، كمـا يـدخل فـى

---

(١) فى النزاع بينه وبين الأمريكية Elisabeth Styles التى طلبت من المحكمة إبطـال عقد زواجهما لعدم أهليته للزواج وفقا لقانون موطنه فى فرنسا. انظر :
Cour de Paris – 13 Juin 1814, S. 1814. 2. 393.

اختصاصه تحديد صحة التصرفات التى يمارسها من أنتابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعته والغفلة .

- ولكن لا يدخل فى نطاق قانون الجنسية ، ما يثور من نزاع حول أهلية الأداء الخاصة لبعض الأشخاص . وهى التى لا ترتبط بالتمييز ، ولكن قررت حماية لمصلحة معينة ، كمنع رجال القضاء من شراء الأموال المتنازع عليها ، أو منع المرأة المتزوجة من كفالة زوجها[(١)] فأهلية الأداء هنا خاصة لا تخضع لقانون الجنسية، بل للقانون الواجب التطبيق على التصرف القانونى المقصود من تقييد الأهلية بشأنه.[(٢)]

٢ - الاستثناء : عدم تطبيق القانون الأجنبى على الأهلية حماية للعاقد الوطنى :

إذ أن "أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لاستعمال الحق". وكان استعمال الحق يحتاج إلى تدخل إرادة الشخص "فأن الأهلية مناطها التمييز لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز. فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته".[(٣)]

وتكتمل الأهلية ببلوغ سن الرشد ، إلا أن هذا السن يختلف من نظام قانونى إلى آخر . فبينما هو أحدى وعشرون سنة فى

---

(١) لاتحاد الذمة المالية، فى الدول التى تأخذ بهذا النظام.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٥٩، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

(٣) ونفرق هنا بين الأهلية والولاية على المال. فالأهلية هى ما عرفنا بالمتن. أما الولاية على المال فهى نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير. أنظر الدكتور عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، ص ٣٤٤-٣٤٥.

القانون المصرى[١] نجده ثمانى عشرة سنة فى القانون الفرنسى[٢] والانجليزى[٣]، والسورى[٤] والعراقى[٥] .

"وإذا كانت الأهلية وسن الرشد يخضعان للقانون الوطنى للشخص، فلا توجد مشكلة خاصة بين المواطنين أهل البلد الواحد فى تعرف كل منهم على أهلية الآخر لسهولة الاستعلام عنها بيسر"[٦].

فالأصل فى الشخص أن يكون ذا أهلية مالم يسلب القانون أهليته أو يحد منها[٧]. ومن ثم فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه[٨]. فإذا نجح فى إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذى صدر منه. ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية. أما أذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه[٩].

---

(١) تنص المادة ٤٤ من التقنين المدنى المصرى على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

(٢) بموجب قانون صادر فى ٥ يوليو ١٩٧٤.

(٣) بموجب المادة الأولى من قانون الأسرة الصادر سنة ١٩٦٩.

(٤) المادة ٤٦ من القانون المدنى السورى.

(٥) المادة ١٠٦ من القانون المدنى العراقى .

(٦) الدكتور احمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع ، مرجع سبق ذكره ص ٧٤٢.

(٧) انظر المادة ١٠٩ من القانون المدنى المصرى .

(٨) انظر الدكتور عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٧ والأحكام التى أشار إليها .

(٩) أنظر المرجع السابق ، ص ٣٤٨ والمادة ١١٩ من القانون المدنى المصرى، وحكم محكمة النقض - الدائرة المدنية ، بجلسة ٤ مايو ١٩٤٤ منشور فى مجموعة عمر الجزء /٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢.

"أما فى المعاملات بين الوطنيين والأجانب ، أو بين أجانب من دول مختلفة ، فأن الاستعلام عن الأهلية فيما بينهم لا يبدو سهلا . ولذلك فإن إخضاع أهلية الشخص لقانون دولته فى جميع الأحوال ، قد يسبب اضطرابا فى المعاملات ويزعزع الثقة اللازمة لنموها. فقد لا يعلم المتعاقد الوطنى أو الأجنبى على الإقليم الوطنى مدى كمال أهلية الأجنبى الذى يتعامل معه. فقد يكون قانون دولة هذا الأخير يحدد سن الرشد بأقل مما يحدده القانون الوطنى، وقد يجد المتعامل الأجنبى مصلحة فى التنصل من التزاماته ، فيدفع بإبطال التصرف الذى أبرمه ، استناداً إلى أنه غير كامل الأهلية أو أنه لم يبلغ سن الرشد وفقا لقانون بلده.

فما هو السبيل إلى حماية المتعاقد حسن النية الذى اعتقد فى الظاهر وجهل بأحكام القانون الأجنبى المتعلقة بأهلية من تعامل معه؟"[١]

خروجا على القاعدة العامة التى بينتها الفقرة الأولى من المادة/١١ رأى المشرع المصرى أن يساير ما جرى عليه العمل فى أحكام القضاء الفرنسى من أنه "لا يعتد بنقص الأهلية المقرر فى القانون الأجنبى مادام أن المتعاقد الوطنى حسن النية ، ولم يكن مخطئا فى جهله بحكم القانون الأجنبى، بأن كان تصرفه خالياً من الخفة والرعونة"، فجاء نص الفقرة الثانية من المادة /١١ مقننا لهذا الاستثناء فنص على أنه "ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء

---

(١) الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٤٢.

لا يسهل على الطرف الثانى تبينه، فأن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته".

الأصل القضائى للاستثناء :

من أبرز القضايا التى عرضت فيها مشكلة نقص أهلية العاقد الأجنبى لسبب يجهله العاقد الوطنى ، القضية التى فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٦١ واشتهرت بقضية ليزاردى "Lizardi".[١] وأقرت فيها مبدأ "Ignorance excusable de la loi etrangére" .

وتتلخص وقائعها فى أن شاباً مكسيكياً فى سن الثالثة والعشرين اشترى وهو فى باريس بعض الجواهر من تاجر فرنسى وحرر بالثمن عدة سندات وعند مطالبته بالسداد دفع ببطلانها لنقص أهليته بسبب عدم بلوغه سن الرشد حسب القانون المكسيكى الذى يحدده بخمس وعشرين سنة. وإذ وصل النزاع إلى محكمة النقض أيدت القضاء بصحة السندات مستندة إلى أنه لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بمختلف القوانين الأجنبية ، وخاصة ما بها من نصوص تتعلق بنقص الأهلية وبلوغ سن الرشد . وإنما يكفى لصحة العقد أن الفرنسى قد تعاقد بغير خفة ولا رعونة ، وأن يكون حسن النية .

الأساس القانونى للاستثناء :

حاول الفقهاء تأصيل فكرة هذا الاستثناء فذهب البعض إلى

---

(١) Cour de Cassation (Ch. Req.) – 16 Jan. 1861, Lizardi C. Chaize et autres., D.P. 1861. I. 193., S. 1861. I. 305 note Massé.

الاستناد إلى فكرة "المصلحة الوطنية" "ومقتضى هذه الفكرة الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى فى الأهلية فى العلاقات المالية متى كان تطبيقها يضر بصالح العاقد الوطنى"[١]. وذهب آخرون إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام[٢] ، أو إلى فكرة الإثراء بلا سبب[٣] ، إلا أن الرأى الراجح يميل إلى تأسيس الفكرة محل البحث على مبدأ الجهل المغتفر بالقانون الأجنبى. ذلك أن قضاء النقض الفرنسى "عد العاقد الوطنى معذورا فى جهله بالقانون الأجنبى، وهو مبرر كاف للامتناع عن تطبيق هذا القانون ، لأن الجهل بالقانون الأجنبى هو جهل بالواقع ، وليس جهلا بالقانون تدفعه قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر".[٤]

شروط تطبيق الاستثناء :

يتضح من نص المادة ٢/١١ مدنى أنه يشترط لإعمال الاستثناء المقرر بها توافر أربعة شروط هى :

أ - أن يتعلق التعامل بتصرف مالى :

وعلى ذلك فإذا تعلق التعامل بمواد الأحوال الشخصية مثل

---

(١) رأى بارتان فى مؤلفه :
Principes de droit international privé, tom. II., ed. 1930, No 234.

(٢) Ibid..

(٣) انظر حكم محكمة باريس الصادر فى ٨ فبراير ١٨٨٣ منشور فى Dalloz سنة ١٨٨٤ الجزء الثانى ، ص ٤٢ ، وانظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ص ٣٨٢.

(٤) رأى باتيفول فى مؤلفه :
Traité élémentaire de droit international privé, paris, 4 em ed. 1967, No. 491.
وأنظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٣٣-٢٣٤ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٧٤٦.

الزواج والوصية فلا يعمل حكم هذا الاستثناء ، والعلة فى ذلك أن علاقات الأحوال الشخصية مما يحتاج إلى قدر كبير من الحيطة ، وبالتالى فلا يعذر المرء بجهله بصفة من صفات الطرف الآخر .

ولكن هل يعنى هذا أن تدخل كل التصرفات والمعاملات المالية فى مجال تطبيق هذا الاستثناء ؟

"أقتصر المشرع فى المادة ٢/١١ على اشتراط وقوع التصرف فى دائرة المعاملات المالية دون تحديد لدرجة خطورة التصرف".

واتجه الفقهاء فى تفسير نطاق الاستثناء إلى اتجاهين :

الاتجاه المضيق: يرى البعض وجوب قصر مجال الاستثناء على العقود الجارية أو اليومية التى "تتم سراعا ولا تعطى العاقد فرصة تقصى أهلية العاقد الآخر"(١). "أما التصرفات ذات الخطر، أو التى تتصف بأهمية خاصة مثل التصرفات الواردة على عقار. فهى تفلت من مجال الاستثناء بحيث لا يصح اعتبار العاقد معذوراً فى جهله بأحكام قانون جنسية الطرف الأجنبى فى العقد".(٢)

الاتجاه الموسع: ونحن نتفق مع فريق آخر من الفقهاء يرى أنه لا محل لهذا التقييد فقد ورد النص مطلقا ولا يجوز تقييده بغير مقتضى. خاصة وأن مسألة تبين قدرة المتعاقد على تبين أهلية المتعاقد الآخر من عدمه مسألة موضوعية متروكة

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، بند ٨٤ ، ص ٢٣٨ مسايرا بذلك رأى باتيفول ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٩١.

(٢) أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٣، والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق.

للقاضى[١].

ولا يخل هذا بأن على المتعاقد التزام تتزايد درجته بتقصى حقيقة أهلية الطرف الآخر بتزايد خطورة التصرف او المعاملة.

ب - أن يكون التصرف معقودا فى مصر وتترتب آثاره فيها:

وهذا شرط جوهرى ، ويبرز الرابطة الضرورية بين النزاع والقانون المصرى، ذلك أن مقصود المشرع هو "حماية المعاملات التى تتصل بحياة المجتمع الوطنى اتصالا وثيقا"[٢] ومن ثم "فلم يكتف للتحقق من قيام هذه الصلة بكون التصرف قد أبرم فى مصر بل تطلب كذلك أن تكون آثاره مرتبطة بالإقليم المصرى ومترتبة فيه".[٣]

على أن المشرع لم يشترط للاستفادة من هذا الاستثناء أن يكون المتعاقد مصريا وهو ما يعنى أنه يجوز للمتعاقد الأجنبى الذى يتعاقد مع أجنبى آخر فى الإقليم المصرى[٤] الاستفادة من نص المادة ٢/١١ مدنى شرط ألا يكونا متمتعين بنفس الجنسية إذ

---

(١) وهذا هو رأى الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص ٢٥٤ والدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص ١٣٨، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٣ ، والدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع .. مرجع سابق ذكره ، ص ٧٥٠.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص ١٣٨ ، والدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين ط ١٩٩٤ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٤.

(٣) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق .

(٤) فى الرأى المخالف الذى يرى إمكان تطبيق حكم القاعدة حتى ولو كان التصرف قد تم بالخارج، انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٥١.

الأصل أن كلا منهما يعلم أحكام قانونه الشخصى[١].

ج - أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبى راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه :

فخفاء نقص أهلية المتعاقد الأجنبى يترجم حسن نية المتعاقد الآخر الذى يجب حمايته، ولاشك أن حسن النية الناشئ عن الجهل المغتفر بأحكام القانون الشخصى للمتعاقد الأجنبى ، هو مما يدخل فى السلطة التقديرية للقاضى، يقدره حسب ظروف الحال وفق معيار شخصى يختلف باختلاف الحال من عاقد إلى آخر.[٢]

فإذا كان نقص الأهلية راجعا لسبب ظاهر لا خفاء فيه كأن كان الأجنبى صغير السن بحيث ظهر أنه دون سن الرشد فى القانون المصرى، فلا عذر عندئذ للمتعامل معه .

د - أن يكون المتعاقد المتمسك بنقص أهليته كامل الأهلية طبقا للقانون المصرى:

على الرغم من أن المادة ٢/١١ لم تنص على هذا الشرط إلا أنه شرط منطقى يضعه الفقه عند تحليل هذا النص. لأن القول بغير ذلك معناه أن نعطل قاعدة الإسناد فنستبعد القانون الشخصى للمتعاقد الأجنبى ثم لا تصبح أهليته محكومة بأى قانون وهو أمر غير مقبول.

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٤ ، وباتيفول ، المرجع السابق ، ص ٥٣٢.

(٢) انظر فى تأييد استخدام المعيار الشخصى الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٢٣٦ والدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص ٢٥٥ ، وفى رأى آخر استخدام معيار الرجل العادى، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦.

كما أن كون العاقد الأجنبى ناقص الأهلية فى كل من قانونه الشخصى والقانون المصرى يجعل العاقد الآخر غير معذور فى جهله بنقص أهلية العاقد الأجنبى المتمسك بأبطال التصرف.(١)

فإذا ما توافرت هذه الشروط فلا يعتد بنقص أهلية المتعاقد الأجنبى وهو ما يقتضى الحكم بصحة ما أبرمه من تصرفات فى الإقليم المصرى وحماية الأطراف حسنى النية.

٣ - النظم الخاصة بحماية غير كاملى الأهلية :

لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا، فهى تتأثر بالسن دائما. وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر فى التمييز، كالجنون والعته والغفلة ، وغير ذلك مما ينتقص من أهلية أداء الشخص. فهل يختلف القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الكاملة عن ذلك الذى يحكم أهلية الأداء الناقصة؟.

لم يخرج المشرع هنا أيضا عن القاعدة العامة فى إسناد مسائل الأحوال الشخصية ، إلى قانون الدولة التى يحمل الشخص جنسيتها . إذ تقضى المادة ١٦من القانون المدنى بأنه "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته".

ويتضح من النص أن المشرع فضل الأخذ بقانون الشخص المراد حمايته عن قانون الشخص الذى يتولى الحماية . "ذلك أن

---

(١) ورد هذا الشرط صراحة فى أصل المادة /١١ من مشروع القانون المدنى. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٢٤١.

هذه النظم إنما تقررت لحماية غير كاملى الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية. ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتبار القانون الذى يحكم أهليتهم".[١]

وواضح أيضا أن قانون جنسية الشخص المراد حمايته يحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملى الأهلية.

فنرجع إليه لنحدد أولا طبيعة نظام الحماية الذى يجب أن يشمل به، وهل هو نظام الولاية أم الوصاية أم غير ذلك. ثم وثانيا لتبين من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا ثم نرجع إليه ثالثا لبيان سلطات هؤلاء فى إبرام التصرفات نيابة عن المشمول بالحماية.

إلا أن قانون جنسية من تجب حمايته لا يختص بالفصل فى المسائل التى تتصل أكثر بشخص الولى أو الوصى أو القيم، كتقدير أسباب امتناعه عن قبول الوصاية أو القوامة، إذ تظل تخضع لقانون جنسية الولى أو الوصى نفسه.

أما المسائل الإجرائية المتعلقة بالولاية أو الوصاية أو القوامة فتظل أيضا خاضعة لقانون القاضى تطبيقا لقاعدة الإسناد الخاصة بالمسائل الإجرائية التى ورد النص عليها بالمادة ٢٢ من

---

(١) ويتفق الفقه على أن المقصود بالولاية فى هذا النص هى الولاية على المال دون الولاية على النفس التى تظل أثرا من آثار الزواج وتخضع للقانون الذى يحكم هذه الآثار.

أنظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٢٧٠، والدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٧١.

القانون المدنى.

الأهلية والنظام العام :

قد يصطدم قانون الجنسية الذى تتحدد به أهلية الأداء بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى مما يقتضى استبعاد تطبيق هذا القانون إعمالا لفكرة النظام العام. وقد يتحقق هذا التعارض إذا كان قانون الجنسية يقضى بانعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب سياسية أو عنصرية مثل الجنس أو اللون أو الدين. كما كان الحال فى ظل النظام النازى بألمانيا وكما هو الحال فى بعض الولايات الأمريكية[١] ففى مثل هذه الحالات يستبعد قانون جنسية الأجنبى ويطبق القانون المصرى بشأن أهليته وكذلك الحال إذا كان نقص الأهلية راجعا لأسباب سياسية وذلك نظرا لأن القوانين السياسية تطبق فى بلادها وإن كان هذا المفهوم يواجه معارضة فى الوقت الراهن إلا أنه ينبغى استبعاد القانون الأجنبى المقرر لعدم الأهلية لهذه الأسباب باعتباره مخالفا للعدالة.[٢]

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، والدكتورة سامية راشد، الوسيط ، ط ١٩٧٩، ص ٣٣٥، الدكتور عز الدين عبد الله، الطبعة الثامنة ، جـ٢ ص ٢٢٧ ، الدكتور محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولى الخاص، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ ، الدكتور جابر جاد ، القانون الدولى الخاص العربى، جـ٣ ص ٢٥٣ .

(٢) Rep. De droit int. Dalloz, 1968, Part I., P. 355.
Dalloz, Précité.

الفصل الثانى

الـزواج[١]

الزوجية سنة من سنن الله فى الخلق والتكوين، وهى عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الإنسان وهى الأسلوب الذى أختاره الله لاستمرار الحياة فوضع له النظام الملائم لصيانة كرامة الإنسان وحفظ شرفه وكونه خليفة الله فى الأرض .

ويعرف الزواج فى الفقه الإسلامى بأنه "عقد يفيد ملك المتعة قصداً"[٢] أى يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر لتحقيق أهداف وحكم متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والنوع الإنسانى[٣].

"وإذا كانت الأحوال الشخصية موضوعا يتسع فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول ، فأن الزواج ، وهو من الأحوال الشخصية، موضوع يبلغ فيه هذا الخلاف حده، ذلك لأن الفكرة الاجتماعية التى يقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع إلى مجتمع ، وهو فى بعض المجتمعات متصل بالدين".

---

(١) الزواج معناه الاقتران والازدواج فيقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه: قرنه به، وتزواج القوم تزوج بعضهم بعضا. انظر لسان العرب مادة "زوج". لمزيد من التفاصيل انظر مؤلفنا مشكلات زواج الأجانب، طبعة دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٥.

(٢) انظر تنوير الأبصار على هامش رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين. طبعة المطبعة الأميرية بالقاهرة، عام ١٣٢٣هـ جـ/٢ ص ٢٦٥.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور محمد يوسف: أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م دار الكتاب العربى بمصر ص ٣٨ ومابعدها.

"ويبدأ ذلك الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ويمتد إلى انعقاده وآثاره وانقضائه"[١].

وإذا كان الغالب فى قوانين مختلف الدول ألا يتحدد القانون الواجب التطبيق على الزواج بقاعدة إسناد واحدة ، فقد سار المشرع المصرى على نفس النهج فنظم مسائل الزواج بقواعد إسناد خاصة فى المواد ١٢،١٣،١٤ من القانون المدنى شمل بها انعقاد الزواج وانقضائه وآثاره[٢]. وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيمايلى :

المبحث الأول
انعقـــاد الـــزواج

الزواج كغيره من التصرفات الإرادية التى يلزم أن يتوافر فيها مجموعة من الشروط الموضوعية ويلزم لها أن تتحقق وفق شروط شكلية معينة .

"والشروط الموضوعية[٣] للزواج هى تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية، والتى يؤدى تخلفها إلى انتفاء الزواج، أو وجوده مع بقائه قابلا للإبطال ، وهى تتعلق عموما بأركان عقد الزواج ، من تراض ومحل وسبب".[٤]

أما الشروط الشكلية[٥] فهى الشروط "اللازمة لإبرام الزواج

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٨٦، ص ٢٤٦-٢٤٧.
(٢) نقلت بعض هذه المواد عن لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملحقة باتفاق إلغاء الامتيازات الأجنبية.
(٣) Condition de Fond
(٤) الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٦٨.
(٥) Condition de Form

وتكوينه وتتصل أساسا بالقالب أو المظهر الخارجى الذى يتم فيه الزواج، وبها يتجسد أمام الغير اقتران الرجل بالمرأة شرعا وصيرورتهما زوجين".(١)

وبينما لم يضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج مكتفيا بالقواعد العامة بشأن التصرفات القانونية، حرص على النص صراحة على قاعدة الإسناد التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. ولهذا السبب فإنه سيكون من الواجب على القاضى المصرى تبين ما إذا كان الشرط محل النزاع من الشروط الشكلية أم الموضوعية لعقد الزواج قبل أن يتمكن من تحديد قاعدة الإسناد المناسبة للتطبيق.

المطلب الأول

تكييف شروط انعقاد الزواج

إزاء اختلاف مفهوم الزواج بين النظم القانونية للدول تحت تأثير الدين أو الظروف الاجتماعية يجب على القاضى البحث عن مفهوم الزواج لتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل النزاع لتمييزها عن غيرها من العلاقات الشرعية أو غير الشرعية مثل المساكنة والمرافقة والتسرى وبيان كيفية وصور انعقاده. وأركان وشروط هذا التصرف القانونى، وهو ما يخضع وفقا للقاعدة العامة فى مصر والبلاد الإسلامية، لقانون القاضى(٢).

---

(١) الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٧٨٢.

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠ من القانون المدنى الليبى والمادة ٣١ من القانون المدنى الكويتى لسنة ١٩٦١.

ويتفق فقهاء القانون الدولى الخاص على أن على القاضى الا يقف حبيس الحدود الضيقة لمدلول الشروط الموضوعية بل عليه أن يوسع هذا المدلول بحيث يستوعب ما تضمه نظم الزواج فى مختلف القوانين الأجنبية من شروط. بمعنى أنه يجب ألا يقصر معنى الشروط الموضوعية للزواج على الشروط التى تقرها الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية فى قانونه[١] ، خاصة وأن من الشروط ما قد تضمه الشرائع الأخرى التى تحكم الأحوال الشخصية بجانب الشريعة الإسلامية[٢] ، ومن ثم تدخل جميعا فى نطاق "قانون القاضى".[٣]

وهو ما يعنى أيضا أن على القاضى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بالنسبة لما يدخل فى مجال تطبيقها بشأن زواج المسلمين وغير المسلمين من مختلفى الطائفة والملة، والرجوع إلى الشرائع الطائفية والملية بالنسبة لما تطبق بشأنه[٤].

إلا أننا نميل مع البعض إلى أن على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية بصفة أصلية للاعتبارات الخمس الآتية:

---

(١) فالشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة. والاستثناء على ذلك ما ورد بشأنه قوانين خاصة (المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية والمادة/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) . أنظر نقض فى الطعون أرقام ٣٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ق. أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٨/٥ مج الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى. السنة ٤٧ قاعدة رقم ٢١٢ ص ١١٣٤ العدد الثانى .

(٢) اتحاد الطائفة والملة العبرة فيه بوقت رفع الدعوى ، وتغييرهما لا اثر له إلا إذا كان إلى الإسلام . أنظر حكم محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ مج الأحكام السنة ٤٧ ، قاعدة رقم ٢٨٦ ص ١٥٧٠.

(٣) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٥٧، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦٩.

(٤) انظر الدكتور فؤاد رياض، الوسيط ، ط ١٩٨٧، ص ١٤٧، والدكتور جابر جاد، المرجع السابق، طبعة ١٩٧٠، ص ٢٤٠ – ٢٤١.

١ – أنها صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصيـة(١).

٢ – أنها القانون المصرى للأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من مختلفى الطائفة والملة(٢).

٣ – أن الرجوع إليها أيسر بالنسبة للقاضى بالنظر إلى ما بذله فقهاء الشريعة من جهد فى تبسيط وإيضاح مبادئها وأحكامها والكشف عن روحها العامة.

٤ – أن الرجوع إلى الشرائع الطائفية والملية ، على صعوبته، غالبا ما يقود القاضى إلى نتائج لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها الشريعة العامة للأحوال الشخصية.

٥ – أن اعتبار السياسة التشريعية يستلزم أتباع مسلك موحد تجاه تكييف المسائل ذات الطابع الدولى، لاسيما فى مسائل الأحوال الشخصية التى تمس كيان الشخص وحياته الاجتماعية(٣).

شروط الزواج فى الفقه الإسلامى:

بينما لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الشروط الموضوعية والأخرى الشكلية التى تعتبر من الأفكار والتقسيمات المستحدثة لدى فقهاء القانون المدنى(٤) وفقهاء قانون العلاقات الخاصة الدولية، نجد لديهم تمييزا بين أركان العقد وشروطه.

فالركن هو جزء من حقيقة الشيء فلا ينعقد الزواج بغير

---

(١) الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، جـ/١، ص ١٣٣- ١٣٤.

(٣) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٩٣، ٣٩٤.

(٤) انظر الدكتور أحمد مسلم، الشكل والموضوع فى تكوين الزواج، دراسة مقارنة فى القانون الفرنسى والمصرى، مجلة التشريع والقضاء، س ٥ ، ١٩٥٣، ص ١ ومابعدها ولاسيما ص٤.

توافره، وهو ما ينحصر فى الإيجاب والقبول(١) اللازمين لتلاقى الإرادة.

أما الشروط فتقسم إلى قسمين:

أولا : الشروط الشرعية وهى:

١ – شروط الانعقاد:

وهى التى تلزم لتحقيق أركان العقد أو المتعلقة بوجود الإرادتين وتطابقهما (أى تحقق الرضا)(٢) وهى:

أ - كون العاقدين مميزين.

ب - اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ج - موافقة القبول للإيجاب ولو ضمنا.

د - سماع كل من المتعاقدين كلام الأخر مع علم قصده به.

٢ – شروط الصحة:

وهى التى يتوقف عليها صحة العقد بعد انعقاده وليست شرطاً لتحقق أركانه وهى:

أ - صلاحية محل العقد للتعاقد، أى صلاحية المرأة لأن تكون محلا لعقد الزواج، بأن تكون غير محرمة على من يريد

---

(١) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى طبعة ١٣٢٧هـ مطبعة شركة المطبوعات العلمية جـ/٢ ص ٢٢٩، والشيخ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٣٨، ص ٢٣، والدكتور محمد موسى، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى، طبعة دار الكتاب العربى، ١٩٥٦م، ص ١٥٦.

(٢) انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٥.

الزواج منها بسبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت.

ب - حضور شاهدين للعقد.

ج - كفاءة الزوج لزوجته(١).

٣ – شروط النفاذ:

وهى الشروط اللازمة لنفاذ العقد بعد إبرامه والتى يترتب على عدم توفرها وقف العقد إلى حين إجازته ممن له الحق فى ذلك وهى:

أ - الأهلية لإنفاذ العقد، إذ يشترط فيمن يتولى العقد البلوغ والحرية وهو ما ينفيه أن يكون العاقد صبياً أو معتوها مميزا.

ب - الولاية أى أن يكون لمن تولى إنشاء العقد ولاية إنشائه. وهو ما ينتفى إذا لم يكن من تولى العقد وليا للصغير ولا وكيلا عن الكبير، أو إذا كان هناك من هو أولى منه بالولاية أو كان وكيلا قد خالف موكله فيما وكله فيه. إذ يعد العاقد فضوليا ويكون عقده موقوفا على إجازة صاحب الشأن(٢).

٤ – شروط اللزوم:

وهى ألا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد، بعد انعقاده صحيحا نافذا، لأى سبب من الأسباب.

---

(١) فى مفهوم الكفاءة واشتراطها لصحة الزواج، انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٦٢- ٦٤ ، ٧٢، ٧٣.

(٢) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٣٣. وفتح القدير لابن الهمام، طبعة مصطفى محمد بالقاهرة ١٣٥٦هـ ، جـ/٢، ص ٣٩١، والدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٨٣ ، ٨٤.

ويثبت الحق فى الفسخ :

أ ـ لأى من الزوجين، باختياره بعد البلوغ، إذا زوجه صغيرا، ولو كانوا مميزين، أحد غير الأب والجد أو وكيلهما[١].

ب- للزوجة أو لوليها إذا كانت قد زوجت نفسها من غير كفء أو بمهر يقل عن مهر المثل، لما فى ذلك من الغبن.

ج - للزوجة إذا وجدت، بزوجها عيبا مستحكما لا يمكنها المقام معه إلا بضرر لا تطيقه[٢].

ثانيا : الشروط الوضعية:

يغلب أن يشترط المشرع الوضعى شروط أخرى غير ماسبق تتمثل فى توثيق العقد أمام موثق أو مأذون معين تحدده الدولة وبلوغ الزوجين سن معينة[٣] حتى يمكن سماع الدعوى أمام المحاكم المختصة.

تكييف الشروط الشكلية:

إذ يحتاج القاضى إلى التمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية لوضع المسألة محل النزاع فى إطار فكرة من الأفكار المسندة اتجه الفقه والقضاء إلى بحث هذه التفرقة بشأن إبرام الزواج فيما بين المسلمين وغير المسلمين من الأجانب فى دولة من الدول الإسلامية، أو وفق القواعد والأحكام الشرعية

---

(١) انظر فتح القدير، جـ/٢ ص ٣٠٧.
(٢) عند الشافعية والحنابلة: انظر الاختيارات العلمية لابن تيمية وهو ملحق الجزء الرابع من فتاويه ، مطبعة كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ ـ ١٣٢٩هـ ، ص ١٣٠ ـ ١٣٢وهو سبب للتطليق عند الأحناف، انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٣٢٢.
(٣) هى السادسة عشرة للزوجة والثامنة عشرة للزوج (انظر المادة ٣٦٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١).

الإسلامية أثناء وجودهم فى دولة من الدول غير الإسلامية لاسيما وأن إخضاع الزواج للشرع أو القانون السائد فى هذه الدول أو للشرائع الطائفية والملية المعمول بها بالنسبة لغير المسلمين[١]، قد يقتضى تحقيق شرط معين غير الشروط السابق بيانها مثل :

اشتراط تدخل رجل دين للقيام بطقوس معينة على نحو ما هو مقرر بالمادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى التى تعتبر الزواج منعدما فيما بين أتباع كنيسة الروم الأرثوذكس إذا لم يباشره أحد قساوسة الكنيسة.

أو اشتراط الإعلان عن الزواج قبل إتمامه بمدة معينة لإتاحة الفرصة لتقديم مبررات الاعتراض عليه على نحو ما هو مقرر بالمادة ٦٣ من القانون المدنى الفرنسى.

وإذا كان هناك اتفاق على أن كل الشروط اللازمة لإبرام العقد وصحته ونفاذه ولزومه فى الشريعة الإسلامية هى من الشروط الموضوعية[٢] – فيما عدا شرط الإشهاد - فأن هذه الشروط تماثل ما هو معروف من الشروط الموضوعية فى القوانين الوضعية وإن اختلفت المصطلحات المستخدمة.

إذ لو قارنا بين الشروط السالفة البيان والشروط الموضوعية اللازمة لإبرام عقد الزواج فى فرنسا ،على سبيل المثال ، لتبين لنا أن الفقه الفرنسى يعتبر موضوعيا فى الزواج شرط رضاء الزوجين، أى العاقدين، سواء فيما يتعلق بوجود هذا الرضاء أو

---

(١) إعمالا للمادة ٦ من القانون المصرى رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٢) انظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩، والدكتور أحمد مسلم، مقال سبق ذكره، ص ١٧ ومابعدها، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٨٢، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٠١، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

بصحته (عيوب الرضاء)، وشرط رضاء الوالدين أو الأقربين بالنسبة لأصل وجوبه لا وسيلة تحقيقه، وشروط الصلاحية فى الزوجين: اختلاف الجنس والبلوغ وعدم تعدد الزواج أو محرميته، وانقضاء عدة المطلقة أو الأرملة.

١ – فشرط رضاء الزوجين يقابله فيما يتعلق بوجود الرضاء ركن الإيجاب والقبول، وما يتصل به من شروط. وإذا لاحظنا أن القانون الفرنسى يستلزم أن يكون العاقدان هما الزوجين شخصيا، بينما يجيز الفقه الإسلامى أن يكون العاقدان للزواج غير الزوجين، كان لنا أن نضيف إلى ركن الإيجاب والقبول وشروط الانعقاد شرط الصفة من شرطى النفاذ فى الفقه الإسلامى، ليقابل كل ذلك شرط الرضاء فى القانون الفرنسى.

وفيما يتعلق بصحة الرضاء أو خلوه من العيوب، يقابل ذلك فى الفقه الإسلامى خلو الزوج من العيوب المستحكمة عند العقد، متى كانت الزوجة لا تعلم بها، وكفاءته التى اشترطتها أو لم تقصر فى اشتراطها. ذلك أن هذين الشرطين من شروط اللزوم أو الصحة يقصد بهما نفى الغلط فى الشخص الذى هو أحد عيوب الرضاء فى القوانين الوضعية، كما ينتفى بهما التدليس.

٢ – وشرط رضاء الوالدين أو الأقربين فى القانون الفرنسى، يقابله شرط رضاء ولى النفس أو إذن القاضى، وهو شرط نفاذ أحيانا، وشرط لزوم أحيانا فى الفقه الإسلامى.

٣ – أما شروط الصلاحية فى الزوجين فتتقابل فى القانون الفرنسى وفى الفقه الإسلامى كمايلى:

شرط اختلاف الجنس – وهو شرط بديهى – يشترطه الفقه

الفرنسي دون نص، ولا يذكر اشتراطه الفقه الإسلامي لبداهته.وشرط البلوغ القانوني يشترطه القانون الفرنسي، ولا يشترطه الفقه الإسلامي، إذ يجوز زواج غير البالغين سواء زواجا نافذا لازماً أو زواجاً غير لازم، ولو أن الدعوى بهذا الزواج غير مقبولة قانونا، طالما كانت سن الزوجين عند رفعها دون السن التي حددها القانون.

أما شروط عدم تعدد الزواج وعدم محرميته وانقضاء العدة فيقابلها شرط صلاحية الزوجة لأن تكون محلا لعقد الزواج في الفقه الإسلامي، وهو أحد شروط الصحة[١].

إلا أن هناك اختلاف حول تكييف الشروط الآتية:

تكييف شرط الإشهاد على عقد الزواج:

من أهم خصائص العقود في الفقه الإسلامي قيامها على التراضي من طرفيها، فمتى وجد الرضا الذي يُعبر عنه إيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر انعقد العقد وصار موجوداً، وإذا انعدم الرضا لم ينعقد ولم يوجد فإن عقد الزواج نظرا لخطره وعظيم أثره في حياة الإنسان يحتاج لصحته إلى أمر آخر بجانب الرضا، وهو الإشهاد عليه من رجلين أو رجل وامرأتين بالغين عاقلين سامعين لكلام العاقدين فاهمين له دون خلاف في وجوب اتصافهم بالإسلام إن كان الزواج بين مسلم ومسلمة[٢]، أما إذا كان الزوج مسلم والزوجة غير مسلمة فقد اختلف الفقهاء ما بين

---

(١) الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٥.
(٢) لأن في الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه ولا ولاية لغير مسلم على المسلم.

مانع[١] ومجيز لشهادة اثنين من غير المسلمين[٢] على نحو ما ورد بالمادة ٧ من مشروع القانون المصرى للأحوال الشخصية الذى قدم عام ١٩١٧ والتى كانت تنص على أنه "يشترط فى شاهدى العقد أن يكونا رجلين أو رجل وامرأتين عاقلين بالغين مسلمين لزواج مسلم بمسلمة .... .

ويكتفى بشهادة ذميين لزواج مسلم بذمية .....".[٣]

وما ورد أيضا بنص المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقى رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩[٤] التى لم تشترط فى

---

(١) على نحو ما نقل عن الشافعى بالنظر إلى أنه لا يقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض. انظر فتح القدير ، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٣٥٤ ــ ٣٥٥ وما نقل عن الأمامين محمد وزفر من الأحناف بالنظر إلى رفضهم قبول شهادة غير المسلم على المسلم. انظر المبسوط، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤. وانظر أيضا الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربينى، طبعة مصطفى الحلبى ١٣٥٩هـ ، جـ/٢ ص ٧١-٧٢، وهو أيضا رأى الحنابلة انظر المغنى للإمام أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى، طبع إدارة المنار ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧هـ.

(٢) على نحو ما نقل عن الأمام أبو حنيفه وصاحبه أبو يوسف بالنظر إلى أن الشهادة منصبة على المرأة بأنها وقد كانت أجنبية عن الرجل صارت حلاله والاستمتاع بها مقصور عليه. فهى شهادة غير مسلمين على غير مسلمة. انظر المبسوط ، المرجع السابق، جـ/٥ ، ص ٣٣-٤٤، وانظر الدكتور محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما، مطبعة مصر فى الخرطوم ١٩٥٧م، ص ٢٤، مع ملاحظة أنه عند الإنكار ينظر إن كان إنكار الزوجية من الزوجة فإن شهادة شهود النكاح من أهل الذمة تقبل ، لأنها شهادة للمسلم لا عليه وإن كان الإنكار من الزوج فلا تقبل شهادتهم لأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز، انظر بدائع الصنائع المرجع السابق، طبعة المطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٧هـ ، جـ/٢ ص ٢٥٣، ٢٥٤، والدكتور عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام، ط مؤسسة الرسالة ببيروت، ١٤٠٨هـ ، ص ٢٨٦.

(٣) انظر نص المشروع منشور بملاحق كتاب أحكام الأحوال الشخصية للشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٧٤.

(٤) حيث تسود أحكام الفقه الحنفى فيما لم يرد به نص.

الشهود الإسلام، حيث نصت على وجوب "..... شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج".

أما إذا كان الزواج بين أثنين مواطنين أو أجانب من أهل الكتب السماوية "اليهودية والمسيحية" فإن الإشهاد على العقد يخضع لما يعتقدونه فى شرائعهم الدينية ويلاحظ أن هذه الشرائع على نحو ما هو معروف فى مصر وبعض الدول الإسلامية تعتبر شهادة الشهود من شروط صحة النكاح وانعقاده لأن العلانية فى النكاح من أركان انعقاده، وأول صور العلانية ما ذهبت إليه جميع المذاهب المسيحية من ضرورة عقد النكاح بحضرة كاهن وشهود[١].

وما تذهب إليه طائفة اليهود الربانيين[٢] وتقره المادة الثانية من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية الصادرة بالعراق عام ١٩٤٩[٣].

ويختلف الفقهاء حول أثر شرط الإشهاد على طبيعة عقد الزواج إلى اتجاهين:

---

(١) انظر حلمى بطرس، أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، نهضة مصر، دون تاريخ، ص ٢٥٠، محمد محمود نمر، وألفى بقطر حبشى، الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين (فى الشريعتين المسيحية والموسوية) دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٢) انظر حاى بن شمعون ، الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيلين الربانيين، مطبعة روبين موسكوفيتش بمصر سنة ١٩١٩م المادة ٥٦. وانظر الدكتور أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب، المطبعة العالمية، طبعة ١٩٦٠، ص ٥٨ ، وأيضا حلمى بطرس ، المرجع السابق، ص ٥٤- ٧٥ .

(٣) الجريدة الرسمية العراقية عدد رقم ٢٦٩٨ فى ١٩٤٩/١/٣١.

الأول: أن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد شكلى:

يتفق جمهور كبير من الفقهاء على أن شهادة الشهود شرط صحة العقد إلا أنهم يختلفون فيما إذا كان:

١ ـ الإشهاد شرط لصحة العقد ابتداءً:

إذ يذهب فقهاء الأحناف[١] والحنابلة[٢] والشافعية[٣] إلى أن شهادة الشهود شرط لصحة العقد ابتداءً، فلا ينعقد الزواج بدونه ولو حصل إعلانه بوسيلة أخرى. استنادا على قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بشاهدين"[٤].

٢ ـ الإشهاد شرط لتمام العقد ونفاذه:

يذهب المالكية فى قول لهم[٥] إلى أن شهادة الشهود ليست شرطاً لإنشاء العقد وصحته ابتداء ولكنها لتمامه يؤمر به عند الدخول فالإشهاد على النكاح واجب ومندوب عند العقد، فإن تم عند العقد تحقق الواجب والمندوب معا ، وإن لم يحصل عند العقد

---

(١) انظر المبسوط ، المرجع السابق، جـ٥ ص ٣٠، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٢٥٢.

(٢) انظر كشاف القناع على متن الاقناع للشيخ منصور بن أدريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الادادات للبهوتى ، الطبعة الأولى ، المطبعة الشرقية، ١٣١٩=١٣٢٠هـ ، جـ/٣ ص ٣٧-٣٨، ومجموعة فتاوى ابن تيمية ، طبعة مطبعة كردستان العلمية، ١٣٢٦هـ جـ/٤ ص ٨٦.

(٣) انظر نهاية المحتاج، المرجع السابق، جـ/٦، ص ٢١٣ ومابعدها.

(٤) انظر شرح البارى صحيح البخارى طبعة دار الريان ، جـ/ ٩ ، ص ٨٨ ومابعدها، وانظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٣٠ ومابعدها، بدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ص٢٥٢ ومابعدها، فتح القدير، المرجع السابق، جـ/٢، ص ٣٥١ ومابعدها، نهاية المحتاج ، المرجع السابق، جـ/٦، ص ٢١٣ ومابعدها.

(٥) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير للشيخ محمد عرفه الدسوقى، طبعة بولاق ١٢٩٥هـ، جـ/٢ ص ٢٢٠.

كان واجباً عند البناء(١) (الدخول).

وسواء أكان الإشهاد شرطاً لابتداء العقد أو لإتمامه ونفاذه فإنه فى النهاية شرط لصحة العقد فلا يصح إلا باستيفاءه ومن ثم فقد استخلص بعض الفقهاء(٢) أن شرط الإشهاد من الشروط الشكلية ومن ثم فأن عقد الزواج فى الإسلام من العقود الشكلية وإن كان الرضا أساسا فيه(٣) إلا أن الشكلية فيه عرفية لا رسمية(٤).

الثانى: أن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد رضائى:

ورد فيما نقل عن الإمام مالك قول آخر يؤيده قول الإمام أبو ثور(٥) وقول للإمام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط الإشهاد على عقد الزواج لا ابتداءً ولا انتهاءً ، أى عند الدخول، ولكن الشرط هو إعلانه للناس ليتميز عن العلاقة غير المشروعة، حتى ولو كان الإعلان بين من لا تصح شهادتهم شرعاً كالصبيان والمجانين ومن إليهم(٦). على سند من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "أعلنوا

---

(١) انظر المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٢) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٤ والشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة دار الفكر بالقاهرة، ص ٥١، وهو نفس اتجاه القضاء الفرنسى انظر فى تحليل هذا القضاء:

Batiffol: Traité ...., no. 426.

(٣) انظر فى تأييد هذا الرأى الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٤ ومابعدها، والشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٥١. ومن فقهاء القانون الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٤٨٧ ، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٤) نظرا لأن الزواج فى الفقه الإسلامى عقد غير رسمى ولا يلزم شرعا توثيقه لدى موثق رسمى أيا كان، انظر الدكتور احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٨ بند ٣٤.

(٥) انظر فى الفقه المالكى بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد، مطبعة الاستقامة بمصر ١٩٣٨، جـ/٢ ص ١٧

(٦) انظر حاشية الدسوقى، الموضع السابق، الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٥

النكاح واضربوا عليه بالغربال"[١] "الدف".

ومن ثم يمكن القول بأن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد رضائى لا يشترط فيه أى من الشروط الشكلية.

أثر الخلاف الفقهى على تحديد القانون الواجب التطبيق على تكييف شرط شهادة الشهود:

أدى هذا الخلاف فى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجود خلاف بين فقهاء القانون حول القانون الواجب التطبيق على شرط توافر شهادة الشهود، وهو ما يمكن رده إلى اتجاهين:

الأول: تطبيق قانون الدولة محل الإبرام:

يرى بعض الفقهاء أنه لما كان شرط شهادة الشهود خارجاً عن أركان العقد (الإيجاب والقبول) فإنه يعد من هذه الناحية شرطاً شكلياً ، على الرغم من أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يرتبون على تخلف الإشهاد عدم صحة العقد.

ويقارن فقهاء القانون بين شرط الإشهاد على العقد وشرط الرسمية إذ على الرغم من أن بعض التشريعات تجعل الرسمية ركنا لا يصح العقد بدونها فإنها تقر إخضاع العقد لقانون محل الإبرام مثلما هو الشأن فى المادة ١٧٠ من القانون المدنى الفرنسى[٢].

فيصح الزواج خارج فرنسا ولو فى الصورة العرفية. وبالقياس وإذ أن الإشهاد على الزواج شكلية عرفية فلا يعقل أن

---

(١) حديث عن عائشة رضى الله عنها . انظر شرح الحديث فى سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام الصنعانى جـ/٣ طبعة مكتبة الإيمان ص ١٩٠ رقم ٩١٩/١٠.

(٢) انظر الدكتور أحمد مسلم، الشكل والموضوع فى تكوين الزواج، المرجع السابق، ص ١٨ بند ٣٣.

تكون أشد قوة من الشكلية الرسمية فتطلب من المواطنين ولو فى الخارج بينما الرسمية لا تستلزم منهم .

فضلا عن أنه ليس للأفراد إضافة الشهود إلى الشكل المحلى الرسمى لأن تنظيم الرسمية من سلطة المشرع المحلى وحده. بالإضافة إلى أن من الفقهاء من خرج بأن المقصود من الإشهاد تحقق العلانية وهو ما يعنى أن شرط الشهود هو من أشكال العلانية بطبيعته لا من أشكال الانعقاد.

أما إذا قيل أنه لو صح اتصال الإشهاد بالعلانية لا بالانعقاد لما كان الجزاء المترتب على عدم الإشهاد متصلا بالانعقاد وتكوين العقد (فساد العقد) بل كان سيقتصر على عدم الاحتجاج به على الغير فحسب.

فيرد عليه، من أنصار هذا الاتجاه، بأن هذا الاعتراض لا ينفى الثابت من أن الشهود شرط للعلانية، وبأنه يجب التمييز بين العلانية التى ترتبط بتكوين العقد، وتلك التى لا ترتبط بتكوينه، وأنه لما كانت علانية الزواج قد ربطت بتكوينه فصارت فى الوقت نفسه من شروط هذا التكوين، جاز أن يكون جزاؤها فى ذات تكوين العقد، دون أن يمحو ذلك طبيعتها الأصيلة. وحينئذ يجب أن يلاحظ أن المرتبط بتكوين العقد هو أصل العلانية لا وسيلتها.

وعلى ذلك يمكن التمييز فى هذه العلانية بين أصل اشتراط العلانية حيث يخضع للقانون الذى يطبق بالنسبة للشروط الموضوعية، وبين كيفية أو وسيلة تحقيقها وهو أمر شكلى يخضع للقانون الواجب التطبيق على الشكل الذى هو من حيث الأصل، ووفقا لما اقتضته حاجة المعاملات الدولية والتيسير على الأفراد، قانون محل إبرام الزواج، وهو ما يمكن تحقيقه بالشهود أو

الإعلان أو غير ذلك[١].

ومن ثم وإذ أن العلة من الإشهاد على العقد هى تحقق العلانية، لتمييز العلاقات المشروعة عن غيرها، فأن إجراء زواج المسلمين فى الشكل المدنى المعمول به فى الدول الأجنبية، محل إبرامه، دون توافر شهادة الشهود ، يتم صحيحا طالما أن العلانية قد توافرت[٢].

الثانى: تطبيق القانون الشخصى الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج:

يرى بعض الفقهاء[٣] أن مسألة اعتبار الإشهاد على العقد شرطا شكلياً لا يغير من أن لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف هى مسألة موضوعية يرجع فى شأنها للقانون الذى يحكم موضوع الزواج[٤].

وهو ما يقتضى الرجوع إلى هذا القانون للبحث فيما إذا كانت شهادة الشهود لازمة لانعقاد العقد أم ليست لازمة لانعقاده

---

(١) انظر الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٤ بند ٢٢، وانظر فى الرأى المؤيد للرجوع إلى قانون محل الإبرام الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٥٦ – ١٩٥٧ ، ص ١٧٩، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٠٣ ، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٢، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٤٨٤، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٣، ١١٤.

(٣) انظر :
Niboyet: Traité de droit international privé Français Paris, ed. 1948, T. 5. no. 1450.
والدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ط ١٩٧٤، ص ٣٨٤.

(٤) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، الجزء الأول ، ص ٢٩٦ ومابعدها.

بصرف النظر عما إذا كان الشرع أو القانون المعمول به فى بلد الإبرام يستلزم هذا الإشهاد أم لا يستلزمه(١).

رأينا فى تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن وجوب أو عدم وجوب شهادة الشهود:

وإن اتفقنا مع أصحاب الرأى الأول فى أن الإشهاد على العقد يتصل بجانب تكوين العقد فضلا عن جانب الشكل إلا أننا نرى أن اتصال الشرط بجانب تكوين العقد أقوى ومن ثم نرى وجوب إخضاعه للقانون الشخصى للمسلم الراغب فى الزواج أى لأحكام الشريعة الإسلامية دون غيرها بصرف النظر عما تنص عليه قوانين محل الإبرام ومن ثم وعلى الرغم من إمكان إثبات الزواج بطرق متنوعة كتوثيقه أمام الموثق، فإنه لا يجوز عقد زواج المسلمين بغير شهود وإلا كان العقد باطلا(٢) لتخلف شرط أوجبه الشرع. وحجتنا فى ذلك مايلى:

١ - اتفاق جمهور الفقهاء على أن شرط الإشهاد من الشروط المتعلقة بتكوين العقد فلا ينعقد الزواج إلا بتحققه ولا يصح ترك ما اتفق عليه الجمهور والاعتماد على قول ضعيف وشاذ فى الفقه يكتفى بالإعلان ذلك أن :

أ ــ العلة من الإشهاد تتجاوز مجرد الإعلان، إذ أن الزواج

---

(١) انظر فى الاتجاه المخالف:

Batiffol: Les conflits de lois en matiére de contrats. Thése, Paris, 1938, no. 432.

(٢) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ، ص ٣٠، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٢٥٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، المرجع الساق، جـ/٢، ص ٢٢٠- ٢٢١، وانظر التاج الجامع للأصول، المرجع السابق، ص ٢٩٣ هامش ٧.

عقد يتعلق به حق غير الزوجين، من الولد الذى له مصلحة فى ألا يضيع نسبه، وأسر الطرفين ممن يدخلون فى قرابة المصاهرة، فضلا عن المحرمية التى تترتب على الزواج بالنسبة لأصول وفروع الطرفين.

ب ــ والنصوص الشرعية المؤكدة لوجوب الإشهاد على الزواج نصوص قطعية الدلالة على نحو ما ورد فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل"[(١)] وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عن أبن عباس رضى الله عنهما "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى وشاهدان"[(٢)]، ولا يجوز تجاوز هذه النصوص الواضحة الصريحة التى تنفى وجود وقيام الزوجية الصحيحة المعترف بها شرعا وتأويلها بحديث ورد فى موضع آخر يحث على الإعلان عن الزواج ليعلم الكافة بعد أن عقد العقد بتوافر أركانه وشروط صحته.

ومن ثم فلا مجال للقول بأن الإعلان يحل محل الإشهاد، وهو ما دعى البعض إلى تشبيه الإشهاد على الزواج بإعلان الأوراق القضائية إلى الخصوم. إذ على الرغم من إمكان إثبات علم المعلن إليه بطرق متنوعة إلا أن استلزام وصول الإعلان بشكله المحدد قانونا إلى المعلن إليه أمر ضرورى لانعقاد

---

(١) رواه أحمد والبيهقى بسند صحيح . وانظر فتح البارى شرح صحيح البخارى ، مرجع سبق ذكره.

(٢) انظر شرح الحديث : فتح البارى شرح صحيح البخارى ، طبعة دار الريان، الطبعة الثالثة، جـ/٩ ص ٨٨ ومابعدها ، والتاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف، جـ/٢ ص ٢٩٣.

الخصومة[١].

ج – أن القاعدة أن المسلم رعية إسلامية أين كان موطنه، فالسيادة الإسلامية على المسلم فى كل مكان[٢]..ومن واجب المسلم التزام أحكام الإسلام حيث كان[٣].

وقضاء الدولة الإسلامية يختص بنظر المنازعات التى تنشأ عن العلاقات التى تتم بين المنتمين للدولة برابطة الجنسية أثناء إقامتهم فى بلد أجنبى (لا تسود فيه أحكام الإسلام).

٢ – أنه لا تعارض بين هذا القول وتطبيق نص المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى إذ أنها ذات طابع اختيارى فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف[٤]، بل أن من القوانين الأجنبية ما يؤيد هذه الوجهة من النظر، إذ تنص المادة ٢/١٦ من القانون الدولى الخاص النمساوى الصادر عام ١٩٧٩ على أنه "يكون شكل إشهار الزواج فى الخارج محكوما بالقانون الشخصى لكل من الزوجين المستقلين، ويكفى مع ذلك ملاحظة قواعد الشكل فى مكان إشهار الزواج".

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع، المرجع السابق، ص ٧٨٥ هامش ٨٠.

(٢) انظر الأمام محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية فى الإسلام، دار الفكر العربى، دون تاريخ، ص ٦٠، وانظر الدكتور محمد ضياء الدين الريس ، المرجع السابق، النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة دار التراث، الطبعة السابعة، ص ٣٨٢.

(٣) انظر قول ابو يوسف فى تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ، المطبعة الأميرية ١٣١٣ جـ/٣ ص ٢٦٧، وانظر قوله أيضا فى الفتاوى الهندية جـ/٣ ص ٢٥٣.

(٤) فى الطابع الاختيارى لقاعدة أن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية :

Cour de Cass. (Ch. Civ.., I^re Sect.) 28 mai 1963, Socitét les films Richébé C. Société Roy Export et Charlie chaplin Rev. Crit. dr. int. pr., 1964 P. 513 note Loussouram.

كما تنص المادة ٥٠ من القانون المدنى الأسبانى الصادر عام ١٩٨١ على أنه "إذا كان المتعاقدان أجنبيين فيمكن إشهار الزواج فى أسبانيا طبقا للشكل المقرر للأسبانيين أو إتمامه فى الشكل المقرر فى القانون الشخصى لكل منهما".

وتنص أيضا المادة ١٣ من القانون المدنى اليونانى على أن "شكل الزواج يكون محكوما أما بالقانون الوطنى لكل من الزوجين المستقبليين .....".

وهو ما استقرت عليه الاتفاقيات الدولية إذ تنص المادة ٣/٥ من اتفاقية لاهاى الخاصة بالزواج المعقودة فى سنة ١٩٠٢ بأنه "يجب احترام نصوص قانون الجنسية فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج فى غير البلاد التى خولف قانونها".

٣ – أنه لا محل للقول بأنه ليس للأفراد اشتراط الشهود بينما الشكل الذى ينظمه قانون الدولة محل الإبرام لا يشترط هذا الشرط، ذلك أن معظم التشريعات الأوربية تشترط الإشهاد على العقد ، فضلا عن أن الزواج عقد رضائى مدنى فى معظم هذه البلاد، علاوة على أن للمسلمين استيفاء العقد وفق شروط الزواج الإسلامى فى الشكل القنصلى وقد انتشر التمثيل الدبلوماسى والقنصلى فى كل دول العالم.

٤ – أن الرأى الغالب فيما يتعلق بتكييف شرط تدخل رجل الدين وشهادة الشهود فى زواج غير المسلمين أنه من الشروط الموضوعية التى تخضع للقانون الشخصى للزوجين، وهو ما يعنى أن المصريين غير المسلمين لا يصح زواجهما فى الخارج دون تدخل رجل الدين وإلا كان العقد باطلا غير معترف به لدى الكنائس التى تتطلب لوائحها هذه الشروط، ومن ثم يصير التساهل فى اشتراط الإشهاد فى زواج المسلمين غير مفهوم.

تكييف شرط الطقوس أو المراسم الدينية:

من أهم ما يجرى فيه الخلاف فى تكييف شروط انعقاد الزواج شرط المراسم الدينية للزواج وهل تعتبر من موضوع الزواج أو من شكله. والمتبع فى البلاد التى تعتبر الزواج نظاما مدنيا هو اعتبار المراسم الدينية من شكل الزواج وليس من موضوعه، كما هو الشأن فى فرنسا والمانيا وبلجيكا. أما البلاد التى تعتبر الزواج نظاما دينيا فتنظر إلى المراسم الدينية باعتبارها من الشروط الموضوعية للزواج، كما هو الحال فى بلغاريا واليونان(١).

أما فى مصر والبلاد الإسلامية فالأمر قد يكون محل خلاف نظرا لعدم وجود قانون موحد للأحوال الشخصية التى مازالت تخضع لشرائع متعددة فى إطار الشريعة العامة الواجبة التطبيق ألا وهى الشريعة الإسلامية(٢)، مما يعنى أن الأشكال التى تجرى فيها عقود الزواج فيما بين المواطنين متعددة بقدر تعدد تلك الشرائع فهناك الشكل الإسلامى المدنى لزواج المسلمين وغير المسلمين(٣)، وهناك الشكل المدنى لزواج الأجانب غير المسلمين أمام الموثق الرسمى(٤) بصرف النظر عن دياناتهم، والزواج الدينى الذى تباشره الجهات الدينية للطوائف غير المسلمة بشرط اتحاد الديانة(٥)

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، جـ/٢ ط ١٩٥٥، مكتبة النهضة العربية ص ١٩٤.
(٢) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٢٤٠، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٣٢.
(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٣.
(٤) المرجع السابق، ص ٢٠٤.
(٥) الذى لا يتقيد بالمانع المبنى على مجرد اختلاف ديانة الطرفين طالبى التوثيق ، انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(الطائفة والملة).

المطلب الثانى

الشروط الموضوعية للزواج

إذا ما نازع صاحب مصلحة فى صحة الزواج ، المراد إبرامه بين طرفين كلاهما أو احدهما لا يحمل جنسية الدولة لتخلف شرط من شروطه الموضوعية واستطاع القاضى تحديد الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية فعندئذ يتعين عليه البحث عن القانون الذى يحكم هذه الشروط . وقد حسم المشرع المصرى هذه المسألة عندما نص فى المادة ١٢ من القانون المدنى على أنه "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".(١)

ولا يختلف الحكم الوارد فى هذه القاعدة القانونية مع ما هو راجح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. ذلك أن الإسلام دين تسامح، وقد نُهينا عن مجادلة أهل الديانات السماوية فى معتقداتهم لقول الحق سبحانه "لا إكراه فى الدين"(٢)، وقوله سبحانه ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن"(٣)، والزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية التى تظهر فيها النزعة الإسلامية

---

(١) يرجع هذا النص الى نص المادة ٢/٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة. ومن القوانين ما يخضع هذه الشروط لقانون موطن كل من الزوجين باعتباره القانون الشخصى، مثل القانون الانجليزى. ومنها ما يخضعه لقانون محل الابرام مثل قانون الولايات المتحدة الأمريكية. انظر :

Batiffol : op. cit. no. 413.

والدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ، ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) سورة البقرة : الأية ٢٥٦.

(٣) سورة العنكبوت : الأية ٤٦.

للتسامح.

والحقيقة أنه يمكن رد آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فى مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق بشأن صحة الزواج إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: تطبيق الشريعة الإسلامية (قانون القاضى):

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب أن تجرى على مناكحات غير المسلمين – ذميين أو مستأمنين – حال تحاكمهم إلى القاضى المسلم فى شأن صحتها، أو حال إسلامهم، جميع أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث يتعين الحكم بفساد ما نشأ منها على خلاف مقتضى هذه الأحكام(١). لأن للنكاح فى الإسلام شرائط لا يراعونها(٢).

الاتجاه الثانى: تطبيق الشرائع الشخصية لأطراف النزاع:

من أظهر آثار نزعة التسامح أن يترك غير المسلم (ذميا كان أو مستأمنا) وما يدين به فى مسائل الزواج لأن الزواج من أمس الأحوال الشخصية للإنسان، فوجب رعاية عقيدته وشريعته فيه بأن تكون هى الواجبة التطبيق فى هذه الناحية.

ومن ثم يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كانت أنكحة غير

---

(١) انظر رأى الأمام زفر من فقهاء الحنفية معروضا فى المبسوط للأمام السرخسى ، ط دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. جـ/٥ ص ٣٨ ، وكذلك بدائع الصنائع للأمام الكاسانى ط دار الكتاب ببيروت، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م جـ/٢ ص ٣١٠، وعرض هذه المسألة لدى الدكتور عنايت عبد الحميد، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ٥١ .

(٢) إشارة إلى قول للأمام مالك . انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير طبعة بولاق ١٢٩٥هـ جـ/٢ ص ٢٧٢، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

المسلمين الفاسدة فى حكم الشريعة الإسلامية يرجع فسادها إلى تخلف غير شرطى حل المحل وأبدية العقد من شروط صحة عقد الزواج فى الإسلام، فإنهم – متى كانت هذه المناكحات جائزة فى شرائعهم – يقرون عليها إذا ما ترافعوا فى شأنها إلى القاضى المسلم، أو إذا ما اعتنقوا الإسلام، أما إذا كان مرجع الفساد إلى تخلف حل المحل أو أبدية العقد تعين التفريق بينهم إذا ترافعوا إلى القاضى المسلم أو إذا أسلموا "لأنهما إذا ترافعا فقد تركا ما داناه، ورضيا بحكم الإسلام ولقوله تعالى : فإن جاءوك فأحكم بينهم"(١).

وعلى ذلك يجوز للأجانب الزواج بغير شهود إذا ما كانت شرائعهم تسمح بذلك كما يجوز للرجل الزواج بالمرأة فى عدتها من رجل آخر(غير مسلم)(٢). إذا كانت ديانتهم لا توجب العدة(٣)، لأننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون(٤). إلا ما استثنى من هذا الأصل العام كعقود الربا.

ويستدل من إقرار غير المسلمين على ما يدينون فى شأن الشروط الموضوعية للزواج، أنهم يخضعوا لقوانينهم أو شرائعهم الشخصية فيما لا مخالفة فيه للنظام العام فى الدولة الإسلامية.

---

(١) انظر بدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٣١١.
(٢) ولكن لو تزوج الأجنبى غير المسلم من امرأة غير مسلمة فى عدة من مسلم، كان العقد غير صحيح لأن المسلم يعتقد العدة حقا واجبا له يجب رعايته واحترامه.
(٣) انظر الفتاوى الهندية طبعة دار أحياء التراث العربى ببيروت، ط/٤ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. جـ/١ ص ٣٣٧ والمبسوط. المرجع السابق. ص ٣٨. وبدائع الصنائع. المرجع السابق. ص ٣١٠.
(٤) إلا ما استثنى من عقودهم كالربا. انظر بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص ٣١١، والمبسوط للسرخسى، طبعة مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ جـ/٥ ص ٣٨ – ٣٩

تفسير الإسناد إلى قانون كل من الزوجين:

علة الحكم بالرجوع إلى قانون كل من الزوجين واضحة إذ أننا بصدد إنشاء علاقة يترتب عليها آثار فى غاية الأهمية فى حالة الإنسان ولن يكون منطقياً أن تقوم هذه العلاقة فى ظل قانون دولة أحد الطرفين بينما تقع باطلة وفق قانون دولة الطرف الآخر.[١]

كيف يمكن تطبيق قانون كل من الزوجين على العلاقة :

يثور فى العمل أحد الفروض الثلاثة الآتية :

١ - وحدة جنسية الطرفين : وهنا لا تظهر صعوبة فى إعمال القانون الواجب التطبيق ، إذ سيتم تطبيق قانون الدولة التى ينتميان إليها بجنسيتهما.

٢ - انعدام أو جهالة جنسية الطرفين: وهنا أيضا لا صعوبة فى الأمر إذ أن المستقر عليه هو "سريان قانون دولة موطنهما أو قانون دولة محل إقامتهما العادية على مسائل أحوالهما الشخصية، ومنها مسائل الزواج".[٢]

٣ - اختلاف جنسية الطرفين : وهنا تظهر الصعوبة الحقيقية إذ نجد الرجل من دولة والمرأة من دولة أخرى كأن يكون هو انجليزيا بينما تكون هى فرنسية .

وقد اتجه الفقهاء فى كيفية تطبيق مثل هذه القاعدة الى اتجاهين بارزين:

---

(١) فى تعليل حكم هذه المادة بالاستناد إلى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٥.
(٢) أنظر المرجع السابق ص ٦٥٣ ، ٧٧٦.

الاتجاه الأول : التطبيق الجامع للقانونين :

اتجه الفقهاء التقليدين[١] إلى أنه لما كان المقصود من قاعدة الإسناد هو حماية رابطة الزوجية ذاتها وتلافى قيامها صحيحة فى نظر قانون دولة أحد الزوجين وغير صحيحة فى نظر قانون دولة الزوج الآخر فأن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اعتبر كذلك وفقا للقانونين . وهو ما لا يتحقق إلا باستيفاء الزوج شروط الزواج فى قانونه وفى قانون الزوجة ، واستيفاء الزوجة شروط الزواج فى قانونها وفى قانون الزوج[٢] بمعنى أنه يجب "إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة.[٣]

نقد فكرة التطبيق الجامع :

لا يسلم القول بالتطبيق الجامع لكل من القانونين من النقد ذلك أن "من شأنه من الناحية العملية إهدار القواعد الأكثر تساهلا والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشددا بالنسبة لكل من الزوجين"[٤]. "وبالتالى تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة"[٥]. "ولاشك أن هذه النتيجة تتنافى مع الغاية التى يستهدفها أنصار التطبيق الجامع

---

(١) أنظر:
A. Pillet: Principes du droit international privé, Paris, 1903, P. 323

وفى عرض هذا الاتجاه:
Batiffol: op. cit., no. 388, 414.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠.

(٣) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧.

(٤) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠١-٢٠٢.

(٥) الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٧.

أصلا، وهى احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا"(١).

الاتجاه الثانى : التطبيق الموزع للقانونين :

إزاء الانتقادات التى وجهت لفكرة التطبيق الجامع، اتجه الفقهاء إلى ترجيح الاكتفاء بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين . بمعنى أنه يكفى لصحة الزواج أن يتوفر فى كل طرف على حدة الشروط الموضوعية التى يتطلبها قانون دولته ، دون تطلب استيفاء الشروط التى يقررها قانون الطرف الآخر. فإذا كنا بصدد علاقة بين ألمانى وفرنسية فانه يكفى أن يتوفر فى الزوج ما يشترطه القانون الالمانى وحده، وأن يتوفر فى الزوجة ما يشترطه القانون الفرنسى وحده (٢).

ويستند هذا الاتجاه إلى أن كل قانون يحمى وطنىّ الدولة دون الآخرين فلا محل لتطبيقه عليهم .

ورغم ترجيح هذه الفكرة إلا أنه يجب أن نميز بين طائفتين

---

(١) أنظر فى الفقه الأجنبى:

Bartin: Principes ...., op. cit., T. II., P. 349, Batiffol: op. cit., no. 388.

والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧.

(٢) فى هذا الرأى انظر:

Niboyet: op. cit., T.5., no. 1406, Batiffol: op. cit., no. 431.

وفى الفقه الحديث أنظر المؤلف المشترك :

Holleaux, Foyer & de Lapradelle: Droit international privé, I[er] ed. Paris, 1987, P. 516.

وفى وجوب اتباع أسلوب الإسناد الموزع "application distribuive de lois notionales" انظر حكم محكمة باريس :

Paris, 31 Oct. 1910 Clunet, 1912, P. 1193.

وفى الفقه المصرى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ، الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٧.

من الشروط الموضوعية ألا وهما : الشروط الموضوعية الايجابية كسن الزواج وصحة الرضا ، وهذه يكفى فيها التطبيق الموزع ، أى يكفى أن يكون كل من الزوجين قد بلغ سن الزواج فى قانونه وأن يكون رضاؤه قد صدر صحيحا وفقا لقانونه .

والشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج مثل القرابة من درجة معينة أو ارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل، وهذه يجب أن نرجع فيها إلى فكرة التطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كل من الزوجين[1].

وعلة ذلك واضحة إذ أن وجود المانع فى قانون أحد الزوجين دون قانون الآخر يعنى السماح بقيام رابطة الزوجية فى نظر القانون الذى لم يتضمن المانع وهذا غير مقبول نظرا لأن تلك الموانع ترمى إلى منع قيام علاقة غير مشروعة ، ومن ثم فهى تهدف لحماية مصلحة عامة للمجتمع. وعلى ذلك فيكفى أن يتضمن أحد القانونين النص على مانع من موانع الزواج لكى لا ينعقد الزواج صحيحا.[2]

الشروط الموضوعية للزواج والنظام العام :

يعد قانون الأسرة المجال الخصب لإعمال استثناء النظام العام لسببين رئيسيين :

---

(١) أنظر حكم محكمة النقض المصرية فى جلسة أول ابريل ١٩٥٤، منشور فى مج الأحكام التى يصدرها المكتب الفنى س ٥ ص ٧٤٧.

(٢) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٨ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢١٦ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٠٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٧٨.

الأول: أن قانون الأسرة فى أية دولة يقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية .

الثانى : أن مسائل قانون الأسرة تنظمها فى الغالب مجموعة من القواعد القانونية الآمرة .

والغالب أن تصطدم الأفكار التى يقوم عليها تنظيم هذه المسائل فى الدول الإسلامية مع الأفكار التى يقوم عليها تنظيمها فى الدول الغربية، لاختلاف الثقافات واختلاف الدين، ومن ثم يكون اللجوء إلى الدفع بالنظام العام وسيلة القاضى لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

وإذا كان من المقرر خضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون كل من الزوجين فإن إعمال فكرة النظام العام قد يعطل تطبيق القانون الأجنبى لكل من الزوجين فى شأن هذه الشروط إذا كان مخالفاً لمقتضيات النظام العام فى دولة القاضى. وإذ أن الشريعة العامة والغالبة هى الشريعة الإسلامية وهى تقوم على فكرة حماية حقوق المسلم . وكان لا مفر من وجوب احترام أحكامها إعمالا للنصوص الواردة بدساتير الدول الإسلامية كان لا مفر من اعتبار ما أحلته تلك الشريعة واجب الاحترام ولو خالف القانون الشخصى لأحد الزوجين، واعتبار كل ما حرمته الشريعة باطلا فى مصر والدول الإسلامية ولو كان صحيحا طبقا لقانون أحد الشخصين متى كانت الشريعة هى التى تحكم الزواج[1].

وللقاضى أن يقدر ما إذا كان هناك تصادم مع النظام العام

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

الإسلامى من عدمه من خلال الرجوع إلى أصول ثلاثة هى:

١ – أن كل زواج صحيح بين المسلمين، فهو صحيح بين غيرهم[١].

٢ – أن كل زواج حرم أو فسد بين المسلمين لفقد شرط من شروط صحته كالزواج بغير شهود ، يكون جائزا فى حق غيرهم إذا اعتقدوا صحته، ويقرون عليه إن أسلموا.

٣ – أن كل زواج حرم لعدم المحلية، كما إذا كانت الزوجة محرما، أو مطلقة ثلاثا أو معتدة لمسلم، كان جائزا أيضا بينهم على الأصح عند الرأى الغالب إن لم يترافعوا ألى القاضى[٢].

وإن كنا نميل إلى رأى أبى يوسف بأنه يكون فاسدا لأن الانكحة الفاسدة بين المسلمين المجمع على فسادها كزواج المحارم يلزم تنفيذ حكمها بشأن غير المسلمين لأن الأصل فى الشريعة العموم فى حق الناس كافة إلا أنه يتعذر تنفيذها خارج الدول الإسلامية لعدم الولاية، فإذ هى واجبة التطبيق فى الدول الإسلامية لزم التنفيذ، ولأن النكاح الفاسد زنى من وجه فلا يمكنون منه كما

---

(١) انظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصفكى على هامش رد المحتار ، طبعة المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ جـ/٢ ص ٥٣٠ ، والمبسوط جـ/٥ ص ٤٠، وبدائع الصنائع جـ/٢ ، ص ٣١٠ ومغنى المحتاج على هامش المنهاج للنووى ، طبعة مصطفى محمد بمصر ، مرجع سبق ذكره، جـ/٣ ص ١٩٢.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار وشرحه تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين. الطبعة الثالثة المطابع الأميرية بالقاهرة عام ١٣٢٣هـ جـ/٢ ص ٣٩٥ – ٣٩٦ وفى الفقه الحديث الدكتور محمد يوسف ، المرجع السابق ص ١٧١- ١٧٢، وانظر الدكتور عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين، ص ٢٩٦.

لا يمكنون من الزنى فى دار الإسلام[١].

ولما كانت معايير الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية أكثر انضباطاً وصراحة منها فى القوانين الوضعية نرى أن نعرض لنماذج واضحة من مخالفات النظام العام فى البلاد الإسلامية فيمايلى:

١ – مخالفة حظر تعدد الزوجات للمسلم للنظام العام:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل قانون أو شريعة تحظر على المسلم الزواج بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة. وذلك لما ثبت من قول الحق سبحانه "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع"[٢].

إذ وإن كان تعدد الزوجات مخالف للنظام فى الدول الأوربية، إلا أنه ليس مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية، بل على العكس فإن حظر التعدد، فى الحدود التى أباحتها الشريعة الإسلامية وبضوابطها، هو الذى يعد مخالفا للنظام العام[٣]. ومن ثم فإذا عرض نزاع بشأن بطلان زواج إيطالى مسلم من مسيحية يونانية مع احتفاظ الزوج بزواجه الأول وجب استبعاد القانونين البريطانى واليونانى لحظرهما تعدد الزوجات[٤].

---

(١) انظر أحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد بن الرازى المشهور بالجصاص ، مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة العلية بالأستانة سنة ١٣٣٥هـ ح/٢ ص ٤٣٦ والمبسوط ، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٣٨ – ٣٩ وبدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٣١١.

(٢) سورة النساء : الآية ٣.

(٣) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٤) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٨، والحكم المنشور بمجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد ١٩، حكم رقم ٨٨ ص ٣٥٧ ومابعدها.

وإذا عرض نزاع بشأن مصرى مسلم تزوج فى فرنسا زواجاً ثانياً من امرأة أجنبية كتابية، فإن العقد يعد صحيحا طبقا للشريعة باعتبارها قانون أحد المتعاقدين وإن كان باطلا طبقا للقانون السائد فى فرنسا، لأن حظر تعدد الزوجات المبطل للزواج هناك لا يعتبر مبطلا له فى مصر وعند المسلمين وبذلك تبقى للزوجة الثانية حقوقها وللأولاد صفتهم الشرعية(١).

ليس فقط لأن الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق وإنما إعمالا لقاعدة عدم الاعتداد بالموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية الخاصة التى توجد فى بعض القوانين الأجنبية ويعتبرها قانون المحكمة غير مشروعة أو غير عادلة(٢).

٢ – مخالفة النظام العام بحظر زواج المسلمين السنة من المسلمين الشيعة:

فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى مارس ١٨٩٧ بأن الزواج المعقود بين مسلم من رعايا حكومة فارس (إيرانى) ومسلمة عثمانية (تركية) هو زواج صحيح بالرغم من كونه منهيا عنه بأمر عال عثمانى يسرى على البلاد التركية على اعتبار أن مثل هذا الأمر القائم على التفرقة المذهبية يعد من قوانين الضبط (البوليس) الداخلية فى تركيا ولا يترتب عليه البطلان خارج تركيا بصفة خاصة(٣).

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق.
(٢) انظر المرجع السابق، ص ٤٧٧.
(٣) الحكم مشار إليه لدى الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩ برقم س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ مج ت م ٩ ٢٤٧.

٣ ــ مخالفة النظام العام لحظر زواج المسلم بغير المسلمة (من أهل الكتاب):

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى يمنع زواج المسلم بغير المسلمة من أهل الكتاب.

ذلك أن الإسلام يبيح للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة إن كانت تدين بدين من الأديان السماوية لما ورد فى قول الحق سبحانه "اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حلّ لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم"(١).

وقد قضى فى مصر بصحة زواج انجليزى مسلم من يونانية مسيحية مع اعتبار ما ورد بالقانون اليونانى الذى لا يجيز هذا الزواج ــ مخالفا للنظام العام(٢).

٤ ــ مخالفة النظام العام بإجازة زواج المسلمة بغير المسلم:

يعد مخالفاً للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى إذا أجاز زواج المسلمة بغير المسلم لما

(١) سورة المائدة: الأية ٥.
ورغم حل الزواج بالكتابيات إلا أن من الفقهاء من يرى أنه مكروه كراهة تنزيه وأنه أولى بالمسلم إلا يفعل الا للضرورة لما يحدثه من مفاسد اجتماعية. انظر فتح القدير لكمال الدين بن الهمام، طبعة مصطفى الحلبى ١٣٥٦هـ جـ/٢ ص ٣٧٢ ، والمبسوط للسرخسى جـ/٤ ص ٢١٠، والدكتور محمد يوسف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى ، ط ١٩٥٦، ص ٦٦، والشيخ أحمد إبراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة والقانون ط ١٩٩٤، ص ٢٢٧ ــ ٢٢٨.

(٢) انظر الحكم السابق منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ع ١٩ حكم رقم ٨٨ ص ٣٥٧ ومابعدها.

هو ثابت من تحريم ذلك بقول الحق سبحانه "لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن"(١). ولقوله سبحانه "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"(٢). ومن ثم يتخلف شرط من الشروط الموضوعية السلبية اللازمة لصحة الزواج فى البلاد الإسلامية(٣).

وعلى ذلك فإذا وقع مثل ها الزواج فهو باطل لا وجود له حكما، وإن وجد فى الصورة فلا يترتب عليه أى أثر بعد الدخول أو قبله لانتفاء المحلية الأصلية التى هى شرط انعقاده(٤).

وقد قضى بشأن زواج مصرية مسلمة من روسى أرثونكسى بأنه حتى لو كان الزواج مشروعا وفقا للقانون الروسى إلا أنه باطل وفقا للقانون المصرى(٥).

وقد قضى بأن المسلمة لا تتزوج إلا مسلما وزواج المسلمة بغير المسلم حرام باتفاق لا ينعقد أصلا ولا يثبت به النسب(٦).

بل انه من المقرر شرعا أن المرأة إذا أسلمت ولم يسلم زوجها فرق بينها وبينه(٧).

---

(١) سورة الممتحنة : الآية ١٠.
(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢١.
(٣) انظر الام للشافعى طبعة مطبعة بولاق سنة ١٣٢١ ـ ١٣٢٥هـ جـ٥ ص ٥، أحكام القرآن للشافعى الطبعة الأولى ١٣٧١هـ جـ١ ص ١٨٩، بدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٢٧١- ٢٧٢ ، المغنى ، المرجع السابق، جـ/٦ ص ٦٤٣ ، والدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٥٧.
(٤) انظر الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٢٠.
(٥) انظر الحكم منشور فى مجلة التشريع والقضاء س ٢٥ ص ٢٤٢.
(٦) الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٥ق أحوال شخصية مج الأحكام س ١٨ ص ٥٨٥.
(٧) انظر أحكام أهل الذمة: لابن القيم طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، ١٩٩٥، ص ٣٢٢.

٥ ــ مخالفة النظام العام بإباحة زواج المسلم بمن لا تدين بدين إلهي:

ذلك أن المسلم يحرم عليه أن يتزوج بالملحدة التى لا دين لها، والمرتدة عن الإسلام، والتى تدين بدين لم يشرعه الله مثل المجوسية التى تعبد النار والمشركة التى تعبد الأصنام والهندوكية التى تعبد البقر[١].

وذلك لقول الحق سبحانه "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم"[٢].

والحكمة فى ذلك أن ما بيننا وبينهم من الخلاف فى الاعتقاد البالغ نهايته يقتضى إلا يتصل بهم المسلم بواسطة المصاهرة[٣].

٦ ــ مخالفة النظام العام بإباحة زواج المحارم بالنسبة للمسلمين وبالنسبة لغير المسلمين إذا ما ترافعوا إلى القاضى:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى يبيح زواج المحارم بالنسبة للمسلمين أما إذا تزوج غير المسلم "ذميى أو مستأمن" ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فإنه لا يتعرض له فى ذلك وإن علمه القاضى مالم يترافعوا إليه[٤] أو مالم يسلموا[٥]. ذلك أن فساد هذه الأنكحة فى حق المسلمين قد ثبت بالنص بقوله سبحانه "حرمت عليكم أمهاتكم

---

(١) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٤.
(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢١.
(٣) نظر الشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٣.
(٤) انظر المبسوط جـ/٥ ص ٣٩.
(٥) انظر المرجع السابق، ص ٤٠، ٤١.

وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"(١) لما تؤدى إليه من قطع الرحم وخوف الجور فى قضاء الحقوق وغير ذلك، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم وغيره، إلا أنه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الإسلام، لأنهم دانوا بذلك ، أى اعتقدوه صحيحا، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون(٢).

أما إذا ترافعوا إلى القاضى فإنهم بذلك يكونوا قد ارتضوا بحكم الإسلام فى هذه المعانى السامية(٣)، خاصة وأن المحرمية كما تنافى ابتداء النكاح تنافى البقاء.

وعلى ذلك يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يسمح بزواج الرجل من محارمه بسبب القرابة القريبة أو بسبب الرضاع أو بسبب المصاهرة، وهو ما نفصله فيمايلى:

أولا: مخالفة النظام العام بالزواج من المحرمات للقرابة القريبة:

يعد الشرع أو القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية إذا أحل الزواج من أربعة أنواع من النساء بسبب القرابة القريبة وهم:

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٣ حيث حرمت على الرجل الزواج بأربعة أنواع من النساء بسبب القرابة القريبة هم: ١ – أصوله، أى أمه وجداته لأبيه أو لأمه وإن علون ، وكذا عماته وخالاته.

(٢) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٣١١.

(٣) انظر المهذب فى فقه الأمام الشافعى للإمام ابا إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز ابادى الشيرازى، طبعة البابى الحلبى ١٣٤٣هـ جـ/٢ ص ٥٤، ٥٥ ، ٢٧٣. ومغنى المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووى طبعة دار الفكر ببيروت، جـ/٣ ص ١٩٢ والمدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس طبعة البابى الحلبى المجلد الثانى جـ/٤ ص ٣١٢ ، والفتاوى الهندية جـ/١ ص ٣٣٧.

أ – أصوله، أى أمه وجداته لأبيه أو لأمه وإن علون ، وكذا عماته وخالاته لأنهن أولاد الأجداد والجدات(١).

ب – فروعه، أى بنته وابنتها وبنت ابنه وإن نزلن ، ويلاحظ هنا أن تحريم الزواج بالابنة يشمل عند الأحناف الابنة الشرعية والابنة من الزنا، خلافا للشافعى(٢).

ج – فروع الأبوين، وهى أخواته وبناتهن ، وبنات أخوته وإن نزلن، ولا فرق فى هذا بين من تكون شقيقة أو لأب أو لأم، لما ثبت بنص الكتاب الكريم(٣) فى قوله الحق سبحانه "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم .... وبنات الأخ وبنات الأخت".

د – فروع الجدين إلى درجة واحدة: وهن العمات والخالات سواء كن شقيقات، أو لأب أو لأم ، وسواء كانت الواحدة منهن عمة أو خالة الشخص نفسه، أم عمة أو خالة لأحد أبويه أو لأحد أجداده وجداته، لما ثبت من الإجماع على ذلك(٤).

وهى الأحكام التى تقرها المادة ٢٠ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فى مصر التى تنص على أنه "تمنع القرابة من الزواج وإن سفلوا. بالأخوة والأخوات ونسلهم. بالأعمام

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٢٥٧.

(٢) انظر بدائع الصنائع ،الموضع السابق، وقارن حاشية سليمان البيجرمى، على منهج الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد. للامام زكريا الأنصارى، طبعة بولاق، ١٢٩٢هـ ، جـ/٣ . وفى تأييد الأحناف انظر فى فقه الحنابلة، كشاف القناع على متن الأقناع للشيخ منصور بن ادريس الطبعة الأولى، المطبعة الشرقية ١٣١٩هـ جـ/٣ ص ٤٠.

(٣) انظر الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٤) المرجع السابق.

والعمات والأخوال والخالات دون نسلهم"[١].

والمادة ١٦ من قواعد وأحكام الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس في العراق والتي تنص على أنه "يشترط لصحة الزواج ....

٦ – أن لا يكون الزوجان من ذوى القرابات التالية:

"(أ) الآباء وزوجاتهم والأمهات وأزواجهن وإن علوا.

(ب) الأبناء وزوجاتهم وإن سفلوا والبنات وأزواجهن وإن سفلوا .

(ج) أفراد الدرجة الثالثة مطلقا وهم الأخوة وزوجاتهم والأخوات وأزواجهن ويضاف إليهم أولاد الأخوة وأولاد الأخوات وإن سفلوا.

(د) أصحاب الدرجة الرابعة مطلقا.

(و) الأخوة بالرضاعة..............."[٢].

وهى الأحكام التى تقرها شريعة اليهود الربانيين[٣].

ثانيا : مخالفة النظام العام بالزواج من المحرمات للقرابة بالمصاهرة:

يعد مخالفا للنظام العام كل نص فى شرع أو قانون أجنبى.

---

(١) وبينما تتفق باقى المذاهب المسيحية فى تحريم النكاح بالأصول والفروع تختلف فى قرابة الحواشى ، انظر فى هذا الخلاف حامى بطرس، المرجع السابق، ص ٢٢٩ – ٢٣٢، والدكتور عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٢) انظر الجريدة الرسمية العراقية عدد رقم ٢٨٥٥ فى ١٩٥٠/٧/٦.

(٣) انظر م. حايى شمعون ، المرجع السابق، المادة ٣٩.

أحل للرجل الزواج من أربعة أنواع من النساء بسبب المصاهرة بينهم.

وذلك لقول الحق سبحانه فى بيان المحرمات من النساء "وأمهات نسائكم وربائبكم[١] اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلهم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"[٢] وقوله سبحانه "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"[٣].

فقد حرم المولى سبحانه على الرجل الزواج بكل من:

أ – أصول زوجته : إذ يحرم ويعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل من أم زوجته وأم أمها وأم أبيها أو أم الزوجة وجداتها من جهة أبيها أو أمها، وإن علون، وسواء فى هذا أن يكون قد دخل بزوجته أو لم يدخل بها عند جمهور الفقهاء[٤]،ولو كان قد طلقها قبل أن يدخل بها[٥]. لمخالفته للنص الصريح الوارد كقول الرسول صلى الله عليه وسلم "إيما رجل تزوج امرأة، فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت

(١) الربيبة هى بنت الزوجة تكون فى بيت زوج أمها، وتحت إشرافه.
(٢) سورة النساء: الآية ٢٣.
(٣) سورة النساء: الآية ٢٢.
(٤) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٥٨ وهناك خلاف بين الفقهاء إذ منهم من يرى أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد مالم يدخل بابنتها.
(٥) انظر عرض المسألة عند الدكتور محمد يوسف ، المرجع السابق، ص ١٢٤ ، الذى يرجح رأى الأحناف فى إطلاق التحريم لأن النص فى قوله سبحانه "وأمهات نسائكم" لم يرد مقيد بالدخول.

عنده، فلا يحل له أن يتزوج أمها"[١].

ب – فروع زوجته التى دخل بها: ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل ببنات زوجته وبناتهن وبنات أبنها وإن سفلن. وذلك عملا بقول الحق سبحانه "وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن" بالنسبة لبنت الزوجة، وعملا بالإجماع بالنسبة لبنات الربيبة وبنات أبنائها[٢].

ج – زوجة الفرع : إذ يحرم ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل بزوجة أبنه أو ابن الابن أو ابن البنت وإن سفل وذلك للنص الصريح بالتحريم الوارد فى قوله سبحانه "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم". إلا أن مخالفة النظام العام لا تتحقق إذا أراد الزواج بزوجة الابن بالتبنى إن طلقت من الأخير وذلك لأن التبنى إبطل وإبطل ما يترتب عليه من آثار لقول الحق فى هذا الشأن "فلما قضى زيد منها وطرا زوّجْناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا"[٣].

د – زوجة الأصل: أى يحرم ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل بمن كانت زوجة أبيه أو جده وإن علا، سواء أكان دخل بها أم لا. وذلك لقول الحق سبحانه "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء" ولإجماع الأمة على تحريم الزواج بزوجة الجد باعتباره أبا.

---

(١) رواه الترمذى بسند ضعيف ولكن آية التحريم بسورة النساء تؤيده. انظر شرح الحديث فى التاج الجامع لأصول فى أحاديث الرسول. المرجع السابق، باب المحرمات - جـ/٢ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠.

(٢) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٣٧.

الخلاف حول الزواج بأصول وفروع من اتصل بها اتصالا غير مشروع:

وهنا يثور التساؤل هل يعد مخالفا للنظام العام تطبيق الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز زواج الرجل من أصول أو فروع امرأة اتصل بها اتصالا غير مشروع؟

و قد وجد فى هذه المسألة رأيان:

الأول: أن مثل هذا الشرع أو القانون يجب استبعاده لأن الاحناف يرون أن الحرمة تثبت بمقدمات الزنا ودواعيه كالتقبيل واللمس والنظر بشهوة ، فيحرم هو على أصولها وفروعها، وتحرم هى على أصوله وفروعه[١].

الثانى: أن مثل هذا الشرع أو القانون لا يعد مخالفا للنظام العام ومن ثم يمكن تطبيقه فى النزاع المعروض على القاضى لأن الشافعية يرون أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة التى تعتبر نعمة تجعل ما كان أجنبيا محرما كالقريب ، فلا يصح أن تترتب على فعل حظره الله ورسوله[٢].

ثالثا : مخالفة النظام العام بالزواج من الأقارب المحرمات بالرضاعة:

يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يسمح بزواج الرجل من أربعة أنواع من النساء للقرابة الناشئة عن الرضاعة.

---

(١) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٦٠ – ٢٦١.
(٢) فى شرح مذهب الشافعية والرد عليه انظر فتح القدير جـ/٢ ص ٣٦٥- ٣٦٨.

فقد ورد بالقرآن نص صريح فى هذه المسألة فى قول الحق سبحانه "وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"(١) وأكد عليه الحديث النبوى الشريف فى قوله صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"(٢).

لأنه بالرضاعة يتصل الرضيع بمن أرضعته وبزوجها، وبذلك يكون الزوجان بمنزلة الأبوين للرضيع، ويكون أولاد كل من الزوجين أخوة له من الرضاعة. وتكون أخوات الزوج عمات له، وأخوات الزوجة خالات له، وهكذا ، وبالتالى يحرم، ومن ثم يُعد القانون الذى يجيز غير ذلك مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية، على الرجل الزواج من:

أ - أصوله من الرضاعة: وهن أمه رضاعاً وأمها وإن علت، وأم أبيه رضاعاً وأمها وإن علت.

ب - فروعه من الرضاعة: وهن ابنته من الرضاعة وإن نزلت، وأبنة أبنه رضاعا وابنتها وإن نزلت.

ج - فروع الأبوين من الرضاعة: وهن أخواته من الرضاعة وبناتهن وكذا بنات أخوته من الرضاعة وبناتهن.

د - فروع جديه من الرضاعة إلى درجة واحدة وهن عماته وخالاته رضاعا.

كما يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يجيز للرجل

---

(١) سورة النساء: الأية ٢٣.

(٢) مذكور فى سبل السلام شرح بلوغ المرام للشيخ محمد بن إسماعيل الصنعانى، طبعة دار الفجر ، جـ/٣ ص ٣٥٤ رقم ١٠٦١/٦.

الزواج من أربع أنواع من النساء للقرابة بالمصاهرة نتيجة الرضاعة وهن:

أ – أصول زوجته رضاعا: أى أمها وجداتها من جهة أبيها أو أمها وإن علون وسواء أكان قد دخل بزوجته أم لم يكن قد دخل بها.

ب – فروع زوجته التى كان قد دخل بها: أى بناتها وبناتهن وبنات أبنها وإن سفلن.

ج – زوجة فرعه رضاعا، أى زوجة الأبن وابن الأبن وأبن البنت وإن سفل وسواء أكان قد دخل بها أم لم يدخل.

د – زوجة أصله رضاعا: أى من كانت زوجة أبيه أو جده وإن علا، وسواء كان قد دخل بها أم لا[1].

٧ – مخالفة النظام العام بالزواج من زوجة الغير أو فى عدتها منه:

يجب على القاضى استبعاد الشرع أو القانون الأجنبى الذى يبيح زواج المسلم من زوجة الغير لما هو وارد فى قول الحق سبحانه عن المحرمات من النساء "والمحصنات من النساء إلا ما

---

(١) ويلاحظ أن رأى بعض فقهاء الحنابلة يخالف ما ورد بالمتن على أساس أن النبى صلى الله عليه وسلم قصر تحريم الرضاع على نظيره من النسب لا على شقيقه من الصهر فضلا عن أن النص القرآنى لم ينص على تحريم الرضاع إلا من جهة النسب . لمزيد من التفصيلات انظر الفتاوى الهندية ، جـ/٤ ص ١٤٩ وانظر زاد المعاد فى هدى خير العباد، لابن القيم طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٢٤هـ جـ/٢ ص ٢١٥ – ٢١٦.

ملكت أيمانكم"[١].

وكذا الذى يبيح زواج المسلم من مطلقة الغير فى فترة العده[٢] لقول الحق سبحانه "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" أى ينتظرون بلا زواج حتى تنتهى العدة بثلاث حيضات".[٣]

وأيضا الذى يبيح الزواج من المعتدة لوفاة زوجها نظرا لقول الحق سبحانه "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"[٤] أى أنه لا يجوز الزواج بها قبل مضى أربعة أشهر وعشرة أيام.

كما ينعقد تحريم الزواج بالمعتدة عند الأقباط الأرثوذكس إذ أنه" ليس للمرأة التى مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء مدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ وينقضى هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ النكاح"[٥].

وهو المقرر أيضا لدى اليهود الربانيين حيث "لا يجوز العقد

---

(١) سورة النساء: الأية ٢٤.
(٢) انظر الأم للأمام الشافعى، طبعة دار المعرفة ببيروت ط/٢ ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م جـ/٤ ص، ٢١١.
(٣) سورة البقرة : الأية ٢٢٨.
(٤) نظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٠.
(٥) المادة ٢٥ من قواعد الأحوال الشخصية. وانظر محمد حلمى عبد العاطى، المجموعة الشاملة فى قوانين الأحوال الشخصية، طبعة ١٩٥٦، ص ١٣٧ وهو أيضا ما تنص عليه لائحة الزواج والطلاق للأرمن الأرثوذكس ، انظر محمد نمر والفى حبشى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ ، وفى تعلق العدة بالنظام العام، المرجع السابق.

على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوما لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم العقد"[١].

والعلة فى ذلك التحريم المؤقت وتعلقه بالنظام العام واضحة من رغبة المشرع الحكيم سبحانه فى حماية حق الزوج الأول بعدم الاعتداء عليه وزواجه بزوجته المعتدة مايزال قائما حكما ، فضلا عن أن إجازة الزواج بالمعتدة يؤدى إلى اختلاط الأنساب وضياع الأولاد بين الزوجين الأول والثانى.

ولا يختلف الحكم سواء أكانت معتدة من زواج صحيح أو فاسد أو فيه شبهة لأن الولد فى كل هذه الحالات يثبت لصاحب الفراش (الزوج الأول) فلا يجوز الاعتداء عليه[٢]. كما لا يختلف الحكم بالنسبة لزواج المستأمن من زوجة الغير.

٨ ــ مخالفة النظام العام لزواج الرجل من مطلقته ثلاثا:

يجب أيضا على القاضى استبعاد الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز للرجل الزواج من المرأة بعد أن طلقها ثلاثا. إذ بطلاقها على هذا النحو تحرم عليه حرمة مؤقتة، ثابتة بالقرآن الكريم بقول الحق سبحانه "الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" "فإن طلقها (الطلقة الثالثة) فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".[٣]

---

(١) المادة ٣٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين الربانيين، انظر م. حايى بن شمعون، المرجع السابق.

(٢) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٦٩ والدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩.

فإن طلق رجل امرأته ثلاثا، ثم تزوجها، وذلك جائز عنده، فسخنا النكاح ،...... ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره يصيبها، فإذا نكحت زوجا غيره مسلما أو ذميا أو مستأمنا فأصابها حل له نكاحها[١].

٩ – مخالفة النظام العام للجمع بين الأختين ونحوهما:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز الجمع بين الأختين ونحوهما.

إذ من المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية فى تحديد المحرمات من النساء أنه لا يحل للرجل أن يجمع بين أختين ونحوهما، نسبا أو رضاعة، لقول الحق سبحانه فى المحرمات من النساء "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف"[٢].

ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها"[٣]، لما فى ذلك الجمع من قطع الأرحام[٤].

ومن ثم لا يجوز للقاضى تطبيق الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها.

أما إذا عُرض على القاضى نزاع يتعلق بزواج قائم بين من

---

(١) انظر الأم : المرجع السابق، ص ٢١١.
(٢) سورة النساء: الآية ٢٢.
(٣) متفق عليه انظر صحيح مسلم طبعة الدار العامرة سنة ١٣٣١هـ جـ/٤ ص ١٥٤.
(٤) مع خلاف بين الشافعية والأحناف فيما يتعلق بالجمع الحكمى بين الاثنتان بمعنى زواج الرجل باحدهن فى عدة الأخرى بعد طلاقه لها. انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٢٦٣ ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين الرملى طبعة مصطفى الحلبى، ١٩٣٨م جـ/٦ ص ٢٧٥.

لا يحل الجمع بينهما وكان زواجه بهما بعقد واحد كان العقد فاسدا ووجب على القاضي التفريق بينهم ولا مهر ولا عدّه إن كان التفريق قبل الدخول، وبمهر المثل أو المسمى إن كانت الفرقة بعد الدخول بواحدة منهما، وعليها العده، فإن كان قد دخل بهما معا لزمه مهر المثل لكل واحدة منهما ووجبت عليها العده[١]. مع ما يترتب على ذلك من آثار.

أما لو كان قد تزوج كل منهما بعقد مستقل، فإن زواج الثانية منهما هو الذى يعتبر فاسد ويجب على القاضى التفريق بينها وبينه مع استمرار نكاح الأولى صحيحا.

١٠ – مخالفة النظام العام للزواج بأكثر من أربع:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز الجمع بين أكثر من أربع زوجات ، سواء كان الزوج مسلما أو غير مسلم. وسواء كن جميعا فى عصمته أو كن جميعا معتدات له أو كان بعضهن فى العصمة وبعضهن فى العدّه[٢] عملا بقول الحق سبحانه "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو

---

(١) فى تطبيق مذهب الأحناف الوارد بالمتن . انظر حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٢ لسنة ٢٣ق مج الأحكام . س ١٦ ص ٥١٥.

(٢) وفقا لرأى الأحناف ويخالفهم فى ذلك الشافعى بالنسبة للعدة من الطلاق البائن إذ عنده يجوز للرجل الزواج من أخت مطلقته بائنا قبل انقضاء عدتها لأن الطلاق موجود ولا يمكن مراجعتها بينما يرى الأحناف أن أحكام الزواج بالمطلقة ثلاث لا تنتهى بمجرد الطلاق إذ يظل له آثار كالعدة والنفقة والمنع من الخروج وثبوت النسب لمن يولد له. انظر فتح القدير جـ/٢ ص ٣٨ ، وانظر أيضا الشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١١٩.

ما ملكت أيمانكم"(١).

حيث قد بينت السنة المراد من الآية، فقد روى عن سالم عن أبيه (عبد الله بن عمر) رضى الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا(٢) وهو حكم محل اتفاق لدى الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين(٣).

وإذا كانت العلة من إباحة التعدد تمكين الناس من الزواج بأكثر من واحدة إذا اقتضت الظروف(٤) بدلا من ارتكاب فعل غير مشروع فإن العلة فى التحريم تجنب الإفراط المذموم شرعا وعقلا(٥).

١١ ـ مخالفة النظام العام بإباحة زواج المتعة:

يعد مخالفا للنظام العام الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز زواج المتعة لأن النكاح فى الإسلام عقد مؤبد(٦).

وقد روى عن على رضى الله عنه قال "نهى رسول الله

---

(١) سورة النساء: الآية ٣.
(٢) رواه احمد والترمذى وصححه ابن حبان والحاكم وأعله البخارى وقال حديث غير محفوظ.
(٣) انظر الشيخ أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ١٢١.
(٤) المرجع السابق.
(٥) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٣.
(٦) انظر المغنى لابن قدامه طبعة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م جـ/ ١٠ ص ٣٦.
والمتعة هو أن يعقد الرجل عقدا على امرأة لمدة معينة دون أن يريد مقاصد الزواج. فهو عقد مؤقت ينتهى بانتهاء وقته. انظر الشيخ احمد ابراهيم ، المرجع السابق، ص ٨٢.

صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خيبر".

وعنه "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء ...".

وعن ربيع بن سبرة عن أبيه رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "إنى كنت قد أذنت لكم الاستمتاع من النساء، وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة....."(١).

ويلاحظ أخيرا وليس آخرا أنه لا يشترط لتطبيق الدفع بالنظام العام أن يكون احد أطراف العلاقة مصريا .

فقد قضى بأن زواج التركية المسلمة التى تزوجت فى القنصلية البريطانية من انجليزى مسيحى فى القاهرة باطل لأنه يخالف قاعدة شرعية تلزم جميع المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم.(٢)

كما تلاحظ أن ما ذكرناه يتفق مع ما جرت عليه المادة ٢من اتفاقية لاهاى الخاصة بالزواج المعقودة سنة ١٩٠٢ التى تنص على أن "القانون الجهة التى يعقد فيها الزواج أن يمنع زواج الأجانب فى الأحوال التى يكون فيها ذلك مخالفا لنصوصه فيما يتعلق :

١ ـ بدرجة القرابة أو المصاهرة المعتبرة مانعاً مطلقاً من الزواج.

---

(١) فى إسناد هذه الأحاديث وبيان معناها انظر سبل السلام، المرجع السابق، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ أرقام ٩٣٤/٢٥، ٩٣٥/٢٦.

(٢) انظر مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ، ص ٣٥٧.

٢ – بتحريم الزواج بتاتا على من ارتكبا جريمة الزنا التى من أجلها فسخ زواج احدهما.

ومع تطبيق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذه الاتفاقية لا تلزم أحدى الدول المتعاقدة بمباشرة عقد زواج يخالف قوانينها بسبب وجود زواج سابق أو بسبب مانع دينى، وإذا خولفت قوانينها لهذين السببين فلا يعتبر الزواج باطلا فى غير البلاد التى حصلت فيها هذه المخالفة".

المطلب الثالث
الشروط الشكلية للزواج

تتصل الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج بالقالب أو المظهر الخارجى الذى تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجى[1]، وهو يختلف من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر.

وينعقد الزواج صحيحا فى الشريعة الإسلامية بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته أو تقول لهما فلان بعث إلى يخطبنى وتشهدهما فى المجلس أنها زوجت نفسها منه[2] دون حاجة لإجراء آخر دينيا كان أو مدنيا. ذلك على العكس من زواج غير المسلمين فى مصر والدول

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، (على الآلة الكاتبة) ١٩٦٢ – ١٩٦٣، ص ١٠٢.

(٢) انظر المواد ٥ – ٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا بمؤلف الشيخ احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٧٩٥، انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

الإسلامية حيث يلزم تدخل رجل الدين لانعقاد العقد، ومن ثم يعد زواجا دينيا من حيث الشكل.

ولا تظهر أى مشكلة بالنسبة لزواج مواطنى الدولة الواحدة، وإنما تظهر الصعوبة عند اختلاف جنسية وديانة الزوجين وعند استحالة أتباع الشكل المقرر فى شرع أو قانون الدولة أو الدول التى ينتميا إليها. الأمر الذى قد يقتضى إبرام العقد مرتين مرة وفق قانون الزوج ومرة وفق قانون الزوجة إعمالا لنظرية شخصية القوانين أو أتباع الشكل المحلى فى الدولة التى يتم فيها العقد[١] إعمالا لنظرية إقليمية القوانين أو نظرية الضرورة[٢] واعتبارات استقرار الحياة الخاصة الدولية والتيسير على المتعاملين[٣] بالنظر إلى أن الزواج من الأعمال الاختيارية[٤].

فقد جرى العمل فى قضاء المحاكم منذ المحاكم المختلطة على أنه يمكن اللجوء إلى الشكل المقرر فى الشريعة الإسلامية حيث يكتفى بالإيجاب والقبول بحضور شاهدين على التفصيل السابق. باعتباره الشكل المحلى .

ومن ذلك مثلا أنه قد قضى فى قضاء قديم بأن الزواج الحاصل فى مصر على يد أحد قضاة المحاكم الشرعية بين فرنسى وفرنسية هو زواج صحيح طبقا للمادة ١٧٠ من القانون المدنى

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٨٢، ٤٨٥.
(٢) المرجع السابق، ص ٢٥٣.
(٣) انظر :

Batiffol: Traité....., no. 311.

والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، ط ١٩٦٦، ص ٤٨٣، والدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، طبعة ١٩٥٥، ص ٣٤٦.
(٤) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٨٦.

الفرنسى باعتباره الشكل المتبع فى مصر[١].

وقد جرى العمل على أنه يمكن الرجوع إلى الشكل المقرر فى الشريعة الملية أو الطائفية الخاصة بالزوجين إن اتحدا ملة وطائفة، باعتباره أيضا الشكل المحلى فى الدولة.

ومن ذلك مثلا أنه قد قضى فى قضاء قديم بأن رواج فرنسى ديانته الكاثوليكية بامرأة يونانية من أهل ديانته أمام بطركخانة هذه الديانة هو زواج صحيح نظرا لكونه حاصلا طبقا للشكل المتبع فى مصر لأهل الديانة المذكورة[٢].

وعلى الرغم من أهمية المسألة إلا أن المشرع المصرى لم يضع قاعدة إسناد خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية، فقد كانت المادة ٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى تنص على أنه "أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبى ومصرى إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين".

وواضح أن هذه المادة كانت تخضع شكل الزواج إلى:

١ – قانون محل الإبرام أو

٢ – القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج.

غير أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة.[٣]

وبذلك أصبح شكل الزواج خاضعا للقاعدة العامة الواردة فى

---

(١) انظر الحكم الصادر من محكمة مصر المختلطة فى ٩ يونيو ١٩١٩ منشور فى جازيت ٩ ص ١٧١ ، ص ٢٨٩.

(٢) انظر الحكم السابق.

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول ص ٢٥٠و ٢٥٢.

المادة ٢٠ والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة[١]. حيث تقرر أن "العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك".

وواضح من هذه المادة أن شكل عقد الزواج يمكن أن يخضع لأحد النظم القانونية الأربعة الآتية :-

١ - قانون محل إبرام التصرف .
٢ - القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية .
٣ - قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .
٤ - قانون موطنهما المشترك .

وبالتالى فقد أدى حذف المادة ٢٨ من القانون المدنى إلى زيادة ضوابط الإسناد الخاصة بشكل الزواج فى القانون المصرى بإضافة قانون الموطن المشترك لطرفى العقد.

ويفرق الفقهاء بين فرضين :

الفرض الأول : زواج المصريين فى الخارج :

إذ وفقا لنص المادة /٢٠ السالفة الذكر ، يكون زواج المصريين صحيحا من حيث الشكل إذا إبرم وفقا لما يتطلبه قانون محل إبرامه ، أو وفقا لما يتطلبه القانون المصرى باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة، أو وفقا لقانون موطنهم المشترك .

أولا : فمن ناحية يجوز للمصريين أن يتزوجوا فى الخارج وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المحلى، أى قانون الدولة التى يبرمون فيها زواجهم باعتباره قانون محل إبرام العقد أو قانون

---

(١) يلاحظ أن أثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله. حكم محكمة النقض فى ١٩٧٨/٣/١ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق.

الموطن المشترك. وهنا نفرق بين الأزواج المسلمين، وغير المسلمين .[١]

١ - حالة زواج المسلمين :

إذا كان كلا الزوجين مسلما، أو كان الزوج فقط مسلما كان لهما إبرام زواجهما فى الشكل المدنى الذى يستلزمه القانون المحلى ، طالما توافرت فيه الشروط التى تفرضها الشريعة الإسلامية من تراض وشهود ، ولو تم أمام موثق مختص فى دولة محل الإبرام .

أما لو كان الشكل المحلى شكلا دينيا فلا يجوز لهما أن يبرما زواجهما فيه بأى حال من الأحوال.[٢]

٢ - حالة زواج غير المسلمين :

إذا ما تبين أن الطرفين غير مسلمين فإنه على خلاف الحالة السابقة يقع زواجهما صحيحاً إذا كان قد تم فى الشكل الذى يتطلبه قانون محل الإبرام أيا كان هذا الشكل سواء كان دينياً أم مدنياً.

وعلى ذلك فإن زواج المصريين أو المصريين بالأجانب المبرم فى الخارج، يعتبر صحيحا من حيث الشكل إذا استوفى الشروط الشكلية التى يستلزمها قانون دولة محل الإبرام، أيا كان هذا الشكل إلا إذا كانا مسلمين فلا يكون زواجهما ، فى نظر القاضى المصرى ، سليما من ناحية الشكل إذا كان قد ابرم فى

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٢.

(٢) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص ٢١٢ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٧٩١.

الشكل الدينى غير الإسلامى.[١]

ثانيا : ومن ناحية أخرى ، يمكن للمصريين فى الخارج إبرام الزواج وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المصرى، باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة، فلهم أولا إبرام زواجهم فى الشكل العرفى، الذى لا يقتضى أكثر من تلاقى القبول بالإيجاب وحضور شاهدين عدول أو رجل وأمراتين، كما يكون بمكنة الزوجين أن يوثقا زواجهما فى القنصلية المصرية فى الدولة التى تزوجا على إقليمها.

ولهم ثانيا ، إبرام الزواج فى الشكل الدبلوماسى أو القنصلى، أمام القنصلية المصرية فى الدولة التى يريدون الزواج فيها. فالمادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٥ بإصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى تعطى الاختصاص لقناصل مصر فى الخارج بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصريا، أو أحدهما فقط بشرط الحصول على ترخيص أو إذن مسبق من وزير الخارجية المصرية وفى هذه الحالة يكون لهؤلاء القناصل ذات السلطات والاختصاصات المخولة للمأذونين الشرعيين فى مصر.

واختصاص قناصل مصر فى الخارج بإبرام الزواج يشمل المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين .[٢]

الفرض الثانى : زواج الأجانب فى مصر :

"يكون زواج الأجانب صحيحا من حيث الشكل ، إذا أبرم

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، ص ٣٨٢.

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٨٣.

وفقا لما يتطلبه شكلا القانون المحلى أى القانون المصرى، أو قانون جنسيتهما أو موطنهما.

فمن ناحية ، يجوز للأجانب الزواج فى الشكل الذى يتطلبه القانون المصرى، باعتبار مصر هى محل الإبرام أو الموطن المشترك:

ومن ثم يجوز للأجانب المختلفى الملة والطائفة إبرام الزواج أمام الموثق بمكاتب التوثيق سواء كانا كلاهما أجنبيا أم كان أحد الطرفين فقط أجنبيا، حيث تحظر المادة ١١ من لائحة المأذونين لعام ١٩٥٥ على المأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان احد الطرفين غير مسلم أو أجنبى الجنسية.

كما يجوز للأجانب إبرام زواجهم فى الشكل العرفى الإسلامى بإيجاب وقبول وحضور شاهدين باعتباره أحد الأشكال المحلية فى مصر.(١)

هذا "وزواج الأجانب فى مصر فى الشكل المحلى يحتج به فى مصر دون نزاع أما الاحتجاج به فى دولة الزوجين أو فى دولة ثالثة فيتوقف على ما تقضى به قواعد الإسناد فى قانونها . والغالب أن قوانين معظم الدول تقر صحة الزواج الحاصل فى الشكل المحلى.(٢)

ومن ناحية أخرى، يمكن للأجانب إبرام الزواج فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم المشتركة،

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٣٨٤ . ولمزيد من التفصيل انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠-٢٨١.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٨٠-٢٨١.

طالما كان ممكنا.وهم يلجأون فى الغالب إلى الشكل القنصلى أمام قنصل الدولة التى ينتمون إليها . وهنا لا إشكال إذا اتحدت جنسيتهم. أما إذا اختلفا جنسية فإن الشكل القنصلى يقتضى أن يبرم الزواج مرة أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى ينتمى إليها الزوج ، ومرة أخرى أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى تنتمى إليها الزوجة".

استثناء :

على أنه "إذا كان للأجانب أن يختاروا ما بين الأشكال الثلاثة المتقدمة، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين فى الزواج أجنبيين ، فإذا كان أحدهما مصريا تعين إجراء الزواج فى الشكل المقرر فى القانون المصرى، دون الشكل الذى يقضى به قانون جنسية الطرف الأجنبى والشكل القنصلى".(١)

المبحث الثانى

آثار الزواج

متى استوفى العقد أركانه وشروط انعقاده وصحته كان نافذا وترتب عليه آثاره التى يقرها المشرع.

والقاعدة التى جرى عليها القضاء فى مصر منذ عهد القضاء المختلط هى خضوع الآثار التى تنتج عن الزواج لقانون جنسية الزوج، والعلة فى ذلك واضحة فهو من جانب رب الأسرة علاوة على أن آثار الزواج تتعلق فى اغلب الأحيان بشخصى الزوجين ومن الصعب القول بإخضاعها لقانونين مختلفين(٢)، إذ

(١) المرجع السابق ، ص ٢٨٨.
(٢) أنظر:
Niboyet: op. cit., P. 360.

يتعذر تطبيق أحدهما عندما يختلفان، ذلك أن آثار العلاقة بعد نشأة المركز القانونى تقتضى الوحدة فى النظام الذى يحكمها وتنفر بالضرورة من التعدد.

ومن المقرر أن تغيير الزوج لجنسيته أو ديانته لا يؤثر فى القانون الذى يحكم الزواج فى الأصل إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام - كأن غير أحد أهل الكتاب – أجنبيا كان أو وطنيا - ديانته للإسلام - فيطبق قانون أحوال شخصيته الجديد(١).

وقد أخذ المشرع المصرى بهذه القاعدة حيث تنص المادة ١٣ من القانون المدنى على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال".(٢)

نطاق أعمال قانون جنسية الزوج:

واضح من النص أن قانون جنسية الزوج يحكم نوعين من الآثار، الآثار الشخصية والآثار المالية، إلا أن تحديد ما يعد من آثار الزواج هو مسألة تكييف مرجعها هنا إلى قانون القاضى(٣). وهو ما نلقى عليه الضوء فيمايلى:

أولا : الآثار الشخصية للزواج :

من أبرز الآثار الشخصية حل العشرة، والمساكنة ، وحق

والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٤٧، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٥٠٧.

(١) يطلق على هذه المشكلة مشكلة التنازع المتغير. أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ٢٤٧ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ٥٠٨.

(٢) فانحاز بذلك إلى مبدأ وحدة القانون الذى يحكم آثار الزواج وذلك على خلاف قوانين دول أخرى .

(٣) انظر حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٦ مارس ١٩٥٣ مج الأحكام ١٩٥٣ ، ع/٢ س/٤ ص ٧٧٠ ومابعدها.

الطاعة والقوامة للزوج، وكذلك حق الزوجة فى المعاملة الحسنة ، والحق فى النفقة، وفى المجمل فأن الآثار الشخصية هى مجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين سواء كانت أثار شخصية بحتة أم كانت أثار شخصية ذات طبيعة مالية(١).

وقد أثار الالتزام بالنفقة الزوجية خلافا فى الفقه والقضاء حول ما إذا كانت تعد من آثار الزواج أم لا ؟

ومرجع ذلك أن القانون المدنى قد تضمن قاعدة إسناد خاصة بالنفقات بين الأقارب تعتمد على إخضاعها - النفقة - لقانون المدين بها.

والراجح فى الفقه(٢) والقضاء(٣) أن نفقة الزوجية التى تجب على أى من الزوجين قبل الآخر هى أثر من الآثار الشخصية للزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج .

ومن ثم يتكفل هذا القانون "بتحديد وجوب النفقة والشخص الملتزم بها ومدتها وأسس تقديرها وجزاء الامتناع عن أدائها وتقادمها وانقضائها".(٤)

وتختلف نفقة الزوجية على النحو السابق عن النفقة الوقتية التى قد تطالب بها الزوجة أثناء طلب النفقة الزوجية أو طلب التطليق أو غير ذلك فيحكم لها بها حتى يتم الفصل فى الطلب الأصلى. فقد اختلفت الآراء فى تحديد طبيعته ومن ثم تحديد

---

(١) كالمهر والنفقة .

(٢) انظر الدكتور احمد مسلم ، اثر عقد الزواج بالنسبة إلى المال وتكييف النفقات بين الزوجين، بحث منشور فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، ص ٥ .

(٣) استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار نفقة الزوجية من الآثار الشخصية للزواج. أنظر نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ مجموعة الأحكام س٥ ع/٢ ص ٤٢٦.

(٤) أنظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين ، ط ١٩٩٥، ص ٢١٧-٢١٨.

القانون الواجب التطبيق عليها إلى رأيان:

الرأى الأول: النفقة الوقتية من الإجراءات الوقتية:

إذ يذهب غالبية الفقهاء فى مصر إلى أن النفقة الوقتية من الإجراءات الوقتية التى يطلب إلى القاضى اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم[١] أو أنها تتعلق بإجراء مستعجل يتصل بالسلام العام والأمن المدنى الذى يجب توافره لكل من يوجد على إقليم دولة القاضى[٢]. أو أنها تخضع للقواعد المعروفة بالقواعد ذات التطبيق المباشر التى تخرج عن دائرة أعمال قواعد الإسناد التقليدية[٣]. وفى كل هذه الأحوال تخضع لقانون القاضى المصرى.

الرأى الثانى: النفقة الوقتية من آثار الزواج:

نميل إلى ترجيح رأيا آخر فى الفقه يذهب إلى "أن النفقة الوقتية لا تشذ عن آثار الزواج الأخرى من حيث الإسناد ، فهى اثر ونتيجة لقيام رابطة الزوجية، وتستند إلى الوضع الشخصى أو صفة طالبها باعتباره زوجا"[٤].

---

(١) انظر الدكتور حسن بغدادى فى تعليقه على حكم محكمة الإسكندرية الصادر فى ١٨ مارس ١٩٥٠ المنشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة رقم ١١ ص ٢٩. والتعليق منشور فى مجلة الحقوق السنة الرابعة ص ١٤٧ومابعدها، وانظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) انظر الدكتور محمد كمال فهمى ، المرجع السابق، بند ٣٠٦، والدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٣٨٧.

(٣) انظر رأى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥١٥.

(٤) رأى الدكتور احمد عبد الكريم فى مؤلفه علم تنازع الشرائع ، مرجع سبق ذكره، ص ٨١٤ -٨١٥،وفى إخضاعها لقانون الجنسية باعتبارها إجراء وقتى . أنظر:

Batiffol : op. cit., no 468.

ثانيا: الآثار المالية للزواج :

يرتب الزواج آثاراً مالية تتعلق بالذمة المالية والأموال التى يمتلكها أى من الزوجين. حيث يجب تحديد المركز القانونى لتلك الذمة والأموال التى يمتلكها أى من الزوجين أثناء وبعد الزواج من حيث ملكيتها وإدارتها والانتفاع بها. وهو ما ينظم فى النظم القانونية الأجنبية بما يعرف بالمشارطة المالية للزواج، وهو نظام غير معروف فى الشريعة الإسلامية ولا فى الشرائع الملية التى تحكم الطوائف غير الإسلامية فى مصر.

ورغم الخلاف الفقهى حول القانون الذى يحكم هذه المسألة ذات الطبيعة المالية الناشئة فى ذات الوقت عن عقد الزواج. إلا أن المشرع قد حسم الخلاف حيث لم يفرق فى الإسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج ، على الرغم من كونها آثار غير معروفة فى القانون المصرى للأحوال الشخصية، إذ تخضع هى الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، سواء كنا بصدد تنظيم قانونى موجود بالقانون المشار إليه أم كنا بصدد تنظيم اتفاقى اتفق عليه الزوجان.

على أن تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لا يخل بأن الأهلية اللازمة لأى منهما لإبرام هذه المشارطة تظل خاضعة لقانون جنسية الدولة التى ينتمى إليها الزوج الذى ثار النزاع بشأن أهليته.

كما أن شكل المشارطة يظل خاضعا لأحد النظم القانونية التى حددتها المادة /٢٠ من القانون المدنى بشأن القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية .

وأخيرا فأنه يجب ألا يتعارض قانون جنسية الزوج مع الأحكام التى يتضمنها القانون الذى يحكم المال لاسيما إذا كان المال عقارا[١].

المبحث الثالث
انتهاء الزواج

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية، يبدأ وينتهى. وقد ينقضى الزواج بطريق طبيعى لوفاة أحد الزوجين - وهذا لا يثير مشكلة إلا فيما يتعلق بآثار هذا الانقضاء من حيث الميراث أو الوصية - وقد ينتهى أيضا بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين ، الذى عادة ما يكون هو الزوج، فيما يعرف فى الشريعة الإسلامية بالطلاق[٢] ، كما قد ينتهى بحكم القاضى بطلب من أحد أطرافه، الزوج أو الزوجة، كما قد ينتهى بالأنفصال الجسمانى فى بعض النظم التى تعرف نظام التحلل من الألتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة.

وقد "قرر المشرع المصرى إخضاع انقضاء الزواج لقانون واحد خلافا لما فعله بالنسبة لانعقاد الزواج . واعتد فى هذا الصدد بقانون جنسية الزوج. غير أنه فرق بين الطلاق من جهة وبين التطليق والتفريق الجسدى من جهة أخرى من حيث إعمال هذا القانون، نظرا لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة بينما يتوقف كل

---

(١) انظر المواد ١٨،١٩ من القانون المدنى.

(٢) وإذا كان الأصل أن الطلاق بيد الزوج الا أنه قد يفوضها فى تطليق نفسها . أنظر الدكتور محمد كمال امام. الطلاق عند المسلمين ، دار المطبوعات الجامعية، بالإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ١٧.

من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء"[١].

فقد نصت المادة ٢/١٣ من القانون المدنى على أن "أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والأنفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

ويرجع البعض اتجاه المشرع إلى الأخذ بقانون جنسية الزوج على النحو الذى سبق أن طبقه بشأن آثار الزواج إلى رغبته فى توحيد القانون الواجب التطبيق على المشكلات التى تثور بعد إنشاء الزواج أو إلى اعتبار أن حل رابطة الزوجية هى نوع من الآثار النهائية لرابطة الزوجية ومن ثم اتبع نفس القاعدة التى وضعها بشأن آثار الزواج[٢].

ولم تسلم هذه القاعدة من النقد، فقد يترتب على تطبيقها خضوع انتهاء الزواج لقانون ربما لم يكن معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج، بل وغير متوقع من أى منهما . إذ قد يغير الزوج من جنسيته بعد الزواج ومن ثم تفاجئ الزوجة بتطبيق قانون يسمح للزوج بحل رابطة الزوجية بالطلاق بينما لم يكن قانون جنسيته وقت الزواج يسمح به[٣]، وعليه فكان أولى بالمشرع أن يخضع انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتباره القانون الذى كان معلوما ومتوقعا من الزوجين وقت إنشاء العلاقة، علاوة على أن فى ذلك منعا للتحايل على القانون.

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين ، ط ١٩٩٤ ،مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨.
(٢) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع ، ص ٨٣٤.
(٣) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص ٣٤٤ ، وهو رأى للدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

ورغم ما وجه إلى مسلك المشرع من نقد إلا أن البعض يؤيد الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، إذ في ذلك الوقت يتحدد عنصر الحالة بالنسبة للزوج(١).

ولا خلاف بين ما اتبعه المشرع المصرى من إسناد انتهاء الزواج للقانون الشخصى وبين ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية. إذ عند التقاضى بين الحربيين أو المستأمنين أمام القاضى فى الدولة الإسلامية بشأن قابلية زواج غير المسلمين للانحلال يجب أن يرجع إلى الشريعة الخاصة بهم، فإن كانت شريعتهم تسمح بإنهاء الزواج قضى بذلك(٢).

وعلى ذلك فإن أسلم "الحربى" الأجنبى وامرأته، وقد كان نكاحهما بعد أن طلقها ثلاثا قبل أن تنكح زوجاً آخر فرق بينهما، لأن التطليقات الثلاث تقع فى "دار الحرب" كما فى دار الإسلام، فإنهم يعتقدون ذلك، وهى سبب حرمة المحل...."(٣).

أما إذا كانوا لا يعتقدون وقوع الطلاق ولا نفوذه فأن إيقاع الطلاق هنا لا يصح، على أرجح الأقوال، ذلك أننا نقرهم على ما يعتقدون فى صحته من العقود، فإذا لم يعتقدوا نفوذ الطلاق فهم يعتقدون بقاء النكاح فيقرون على ذلك وإن أسلموا".(٤)

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق ، ص ٤٣٣.
(٢) أنظر أحكام أهل الذمة: لأبن قيم الجوزية طبعة دار العلم للملايين ببيروت، ١٩٨٣م، ص ٣٠٩، ٣١٠ حيث يقول "فلا يخلو إما أن يعتقد (غير المسلم) نفوذ الطلاق أو لا يعتقده، فإن اعتقده نفذ طلاقه، ولم يكن الإسلام شرطا فى نفوذه، هذا مذهب أحمد والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه".
(٣) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٥٦.
(٤) انظر أحكام أهل الذمة، المرجع السابق، ص ٣١٦.

إلا أن الخلاف يظهر بين اتجاه المشرع الوضعى وغالب فقهاء الشريعة فى أن الرجوع إلى القانون أو الشريعة الخاصة بالأجنبى غير المسلم يقتصر على بحث مسألة قابلية أو عدم قابلية الزواج للانحلال من حيث المبدأ، فإن تبين للقاضى حكم هذه المسألة تعين عليه الرجوع إلى تطبيق القانون الوطنى أى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بكيفية إيقاع الطلاق وعدد مرات الطلاق وما يتعلق بالمراجعة والخلع والإيلاء والظهار واللعان(١).

نطاق إعمال قانون جنسية الزوج عند الطلاق والتطليق والانفصال:

وإن كان تحديد مفهوم الطلاق والتطليق والانفصال الجسمانى من مسائل التكييف التى تخضع لقانون القاضى فإن للطلاق أو التطليق أو الانفصال أسباب ، ويترتب عليه آثار.

فيدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى فى شأن التطليق والانفصال ، تحديد أسباب الطلاق والتطليق والانفصال، وكذلك الشروط الموضوعية لصحة إيقاع الطلاق. وكذلك كافة المسائل الموضوعية التى تتعلق بإثبات الوقائع التى يستند إليها سبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال ، سواء فيما يخص محل الإثبات أو عبئه والأدلة المقبولة فى الإثبات والقوة الثبوتية للأدلة المهيأة أو

---

(١) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٤١، ٤٢ ، وشرح فتح القدير، على متن الهداية شرح بداية المبتدى للإمام ابن الهمام، ط البابى الحلبى ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م. جـ/٣ ص ٤١٧، والأم المرجع السابق، جـ/٥ ص ٥٧ حيث يقول "وإذا تحاكموا إلينا وقد طلقها ثلاثا أو واحدة أو آلى منها، أو تظاهر ، أو قذفها، حكمنا عليه حكمنا على المسلم عنده المسلمة والزمناه ما يلزم المسلم ....".

غير المهيأة[١] .

إلا أن خضوع الشروط الموضوعية التى تتعلق بإثبات الطلاق لقانون جنسية الزوج لا يعنى إخضاع إجراءات التقاضى لهذا القانون، إذ تخضع لقانون القاضى الذى ينظر فى النزاع.[٢]

وبصفة عامة يدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال كافة الآثار التى تترتب على الطلاق والتطليق والانفصال كنفقة الزوجة المطلقة أو المنفصلة، والتعويض الذى تستحقه إذا كان هناك خطأ فى جانب الزوج يستوجب إصلاحه، وحقها فى الاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزواج، وتحديد فترة الانفصال إلى الطلاق .

بينما لا يدخل فى مجال تطبيق هذا القانون الآثار التى تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة بعد الطلاق أو التطليق أو الانفصال، فهى تخضع للقانون الشخصى، أى قانون

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، أصول المرافعات المدنية الدولية ، ط ١٩٨٤ بند ٢٩٢ ومابعده.
ويقصد بالأدلة أو الطرق المهيأة : تلك التى أعدها صاحب الشأن مقدما لإثبات حقه فى حالة المنازعة فيه. وتتمثل عادة فى الكتابة التى تسمى فى هذه الحالة سندا (acte) لأنها أعدت لتكون دليلا يستند إليه عند قيام النزاع . كما يقصد بالأدلة أو الطرق غير المهيأة : تلك التى لا تهيأ مقدما. بل تتهيأ وقت قيام النزاع فى الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقا غير مهيأة. (شهادة الشهود والقرائن .... الخ).
أنظر فى تفصيلات تقسيم طرق الإثبات . الدكتور عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى . الجزء الثانى نظرية الالتزام بوجه عام . المجلد الأول . الإثبات . دار النهضة العربية . ط ١٩٨٢ ص ١٣٤ ومابعدها ولاسيما بند ٦٢ ص ١٣٥-١٣٦.

(٢) أنظر نقض ١٩٥٣/٦/٣٠ مج الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة الرابعة ص ١٢٦٣.

جنسية كل طرف على حدة . فقانون الدولة التى تنتمى إليها الزوجة المطلقة هو الذى يحدد إمكانية زواجها بزوج آخر، وإمكانية استرداد الاسم الذى كانت تحمله قبل الزواج. وكذلك يخضع لقانون جنسية الزوج ما إذا كان بإمكانه الزواج مرة أخرى.

انقضاء الزوجية والنظام العام:

لا يكاد يوجد من مسائل الأحوال الشخصية حالة تنعكس فيها القواعد الدينية – التى تمثل معظم المبادئ والقيم العليا للمجتمع فى مسائل الأحوال الشخصية- انعكاس الصورة فى المرآة أكثر من حالة الزواج وطرق انحلاله (١).

ومن ثم تلعب فكرة النظام العام دوراً هاماً وأساسياً فى مجال حل رابطة الزوجية، حيث يتم استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بحجة أن هذا القانون يخالف المبادئ الأساسية لمجتمع الدولة، وتنبع الخطورة فى هذا الشأن من أن المبادئ المذكورة مبادئ متغيرة بطبيعتها بتغير المفاهيم والقيم الأخلاقية والقانونية فى كل دولة من الدول التى تطبق القوانين الوضعية، إضافة إلى أن قوانين بعض الدول تقر طرقاً لانحلال رابطة الزوجية قد تنكرها أنظمة قانونية أخرى، كما هو الشأن فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف فى البلاد الإسلامية وتجهله قوانين الدول الأوربية. كما أن من النظم القانونية ما يتوسع فى أسباب التطليق ، فى حين أن منها ما يضيق من هذه الأسباب.

فإذا رجعنا إلى الوضع السائد فى دولة أوربية مثل فرنسا لوجدنا اختلافا فى تطبيقات الدفع بالنظام العام قبل إصدار قانون ١١ يوليه ١٩٧٥ ، الذى عدل عن الموقف

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع، المرجع السابق ، ص ٨٥٥.

التشريعى المتشدد بشأن حظر التطليق ، عنه بعد صدور هذا القانون.

إذ كان يعتبر مما يخالف النظام العام القانون الأجنبى الذى يتوسع فى أسباب التطليق كذلك الذى يعترف للزوجبن بالتطليق بالرضا المتبادل أو الذى يعترف للزوج بالحق فى الطلاق بالإرادة المنفردة (كالشريعة الإسلامية) ، وكذلك القانون الذى يعتبر عدم المعيشة المشتركة سببا من أسباب الطلاق (كالقانون الالمانى)(١)، إلا أن الوضع تغير(٢) بعد صدور قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٥ إذ لم تعد الحالة الأخيرة مخالفة للنظام العام بعد أن أقرها المشرع وإن تشدد فى شروطها حيث اشترط مضى ست سنوات على انقطاع الحياة المشتركة.(٣)

وجدير بالملاحظة أن الحظر الذى كان سائدا بشأن الطلاق والتطليق لم يمنع المحاكم الفرنسية من إعمال فكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام بالنسبة للطلاق والتطليق الذى يقع خارج فرنسا، حيث تترتب عليه آثاره، كتقرير نفقة للمطلقة والحكم لها بالحضانة أو بالحق فى الزواج من رجل آخر.(٤)

---

(١) انظر حكم محكمة النقض فى ١٩٧٧/١١/٨ منشور فى :
Rev. Crit. Dr. nt. Pr., 1980, P. 91, note Lexendre.

(٢) انظر الحكم الصادر فى ١٩٥٤/٢/٣ منشور فى :
Rev, Crit. Dr. int. pr., 1955, P. 308.

(٣) فى عرض موقف المشرع الفرنسى بالتفصيل . انظر مريم الجوفى، القانون الواجب التطبيق على الزواج فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٥٢ ومابعدها، وكذلك فى الفقه الفرنسى:
Lerbours- Pigeonniere et Loussouarn: Droit international Privé, 8ème ed. P. 52.

(٤) انظر حكم محكمة استئناف باريس فى ٢٦ يناير ١٩٧٨ منشور فى :
Rev. crit. Dr. int. pr., P. 111 note Holleaux.

وإذا كان هذا هو الوضع السائد فى الدول الغربية فإن الوضع فى مصر والبلاد الإسلامية أقل تقلبا نظرا لتطبيق أغلبها للشريعة الإسلامية بما تتضمنه من ضوابط أكثر وضوحا واستقرارا فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام. حيث يركز القضاء عند بحث مشكلات انقضاء رابطة الزوجية على تحديد ديانة الأطراف فإن كان أحدهما مسلما وجبت حماية حقوق المسلم ولو كان كل الأطراف من الأجانب.

وعلى ذلك تستبعد القوانين الأجنبية التى تقضى مثلا بحرمان الزوج المسلم من حقه فى الطلاق مطلقا(١) أو من حقه فى الطلاق بالإرادة المنفردة.

فقد قضى بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام فى مواجهة القانون الأجنبى الذى يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على الأجنبى حتى بعد إسلامه(٢).

كما قضى باستبعاد القانون الأجنبى الذى يسمح بإنهاء رابطة الزوجية لتغيير الزوج لدينه إلى الإسلام لمخالفة حق المسلم فى الزواج بالكتابية.

وقضى أيضا باستبعاد أحكام القانون الأجنبى الذى لا يبيح إنهاء رابطة الزوجية بسبب دخول الزوجة فى الإسلام إذا ظل

---

(١) انظر حكم محكمة الإسكندرية للأحوال الشخصية بجلسة ١٩٥١/٤/٩ منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى ، سنة ١٩٥١،ص ١٩٤.

(٢) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٢ يونيو ١٩٥٢ مجلة المحاماة، ١٩٥٢ ، ص ٩٠٠، وانظر سيف النصر زكى، الأحوال الشخصية للأجانب ومدى خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية، ١٩٤٩- ١٩٥٠، ص ٢٨.

زوجها كتابيا، ذلك أن استمرار قيام حالة الزوجية بين المسلمة وغير المسلم يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.[١]

وقضى باستبعاد القانون التركى الذى يفرض على الزوج المسلم اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم بالتطليق لمخالفة ذلك للشريعة الإسلامية التى لم تشترط اللجوء لأية سلطة كانت فى الطلاق بالإرادة المنفردة.

قضى كذلك ببطلان الزواج فى قضية صالحة هانم بعد استبعاد القانونين الانجليزى والتركى (قانون كلا الزوجين) لمخالفتهما النظام العام حيث يسمحان بزواج المسلمة بغير المسلم.

كما اعتبر مخالفا للنظام العام القانون الأجنبى الذى لا ينظم أى وسيلة لانحلال الزواج.[٢]

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٣ فبراير ١٩٥١، حيث قضت باستبعاد القانون اليونانى وتطليق زوجة يونانية من زوجها اليونانى وفقا للقانون المصرى لاعتناقها الإسلام.

(٢) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلط فى ١٩١٣/٦/١١ معروض فى مؤلف الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق ص ٤٣٩، وانظر رسالة :
A.K. El Geddawoy: Relations entre systemes Confessionnels et Laïques en droit international privé, Dalloz, 1971, P. 153.

المبحث الرابع
الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى
فى شأن نظام الزواج

إذا كانت القاعدة العامة التى نصت عليها المادة ١٢ من القانون المدنى هى إخضاع الشروط الموضوعية لقانون كل من الزوجين وكانت المادة ١٣ فى فقرتها الأولى تنص على إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وفى فقرتها الثانية تنص على إخضاع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق ، وإخضاع التطليق والتفريق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة ، تطبق فى كل الأحوال، فقد اتجه المشرع المصرى إلى أتباع ما جرى عليه العمل فى القضاء الفرنسى عندما يثبت تمتع أحد الزوجين بالجنسية الوطنية وقت الزواج حيث كان يرجح القانون الفرنسى(١) ، ومن ثم نص على استثناء لصالح تطبيق القانون المصرى فى الحالة التى يتبين فيها

---

(١) انظر حكمها فى قضية "De Ferrari":
Cour de Cass. (Ch. Civ.) 6 Juillet 1922 Rev. dr. int. 1922, 444, Rapport Colin, notes pillet, Clunet, 1922, 714,.
وتخلص وقائعها فى أن احدى الفرنسيات تزوجت من الايطالى DeFerrari عام ١٨٩٣ حيث تجنست بالجنسية الايطالية وفقدت الجنسية الفرنسية وبعد ست سنوات اتفق على الانفصال الجسمانى وفقا للقانون الايطالى الذى كان يحظر التطليق أنذاك وقانون الجنسية المشتركة وعند عرض الأمر على المحاكم الفرنسية قضت بوجوب تطبيق القانون الفرنسى باعتباره قانون جنسية الزوجة وقت الزواج.
وفى تأثير الجنسية الفرنسية على حلول تنازع القوانين فى مسائل الأحوال الشخصية انظر:
Delaum: L'influnence de la nationalité Français sur la solution des conflits de lois en matiére de droit des personnés". Rev. Crit. 1949, 5 et s.

أن أحد الزوجين كان مصريا[١] وقت انعقاد الزواج .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة/١٤ مدنى حيث تقرر أنه "فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

نطاق تطبيق الاستثناء:

واضح من النص السابق أن الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى قد جاء عاما بحيث يسرى على كل مراحل الزواج . إذ يستبعد القانون الأجنبى ويطبق القانون المصرى وحده عند البحث فى الشروط الموضوعية اللازمة لإبرام الزواج طالما كان أحد الزوجين مصريا وقت العقد.

وعلى ذلك فإذا كان كل منهما اجنبيا عند إبرام الزواج ثم اكتسب احدهما الجنسية المصرية فإن ذلك لا يؤثر على القانون الواجب التطبيق، حيث يظل هو القانون الأجنبى. إذ العبرة بوقت إبرام الزواج.

كما يمتد نطاق هذا الاستثناء ليشمل آثار الزواج . "والواقع أن جدوى هذا الاستثناء لا تظهر إلا فى الأحوال التى تكون الزوجة فيها مصرية وقت الزواج. أما لو كان الزوج هو الذى يتمتع بالجنسية المصرية وقت الزواج فإن القانون المصرى ينطبق على آثار الزواج بمقتضى الضابط العام فى الإسناد الوارد بالمادة ٢/١٣ ، ودون حاجة إلى الاستثناء المقرر فى المادة ١٤".[٢]

---

(١) يلاحظ هنا أنه لو تبين للقاضى ان الزوج لم يكن مصريا وقت انعقاد الزواج ثم صار مصريا بعد ذلك فأنه سيطبق القانون المصرى استنادا إلى نص المادة ٢/١٣ ، أى أنه يرجع للقاعدة العامة دون حاجة للرجوع للاستثناء المشار إليه بالمتن

(٢) أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٦.

وأخيرا يتسع نطاق هذا الاستثناء لكي يطبق القانون المصرى على الطلاق والتطليق والانفصال متى كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال[١].

مدى تعلق نص المادة /١٤ مدنى بالنظام العام فى مصر :

كما انتقد الفقهاء فى فرنسا اتجاه المحاكم إلى إعمال نفس الاستثناء انتقد الفقهاء فى مصر الاستثناء الوارد بالمادة /١٤ للنتائج الغريبة التى يؤدى إليها ، حيث يؤدى مثلا إلى أن يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين وطنيا عند انعقاد الزواج ، ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك. بينما لا ينطبق هذا القانون إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية المصرية بعد انعقاد الزواج؟[٢] كما يؤدى فى

---

(١) راجع فى تطبيق هذا الاستثناء فى دعاوى إثبات الطلاق وطلب التطليق أحكام محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية أجانب بجلسة ١٩٩٨/١١/٢٨ فى الدعاوى أرقام ١٢٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن دعوى مرفوعة من زوجة مصرية ضد زوجها السودانى الجنسية ، ٩١ لسنة ١٩٩٨ بشأن دعوى مصرية ضد زوجها السورى الجنسية.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٢٨، والدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٣٣٢، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢.

وفى انتقاد الحل المماثل فى القضاء الفرنسى انظر حكم "Riviére C. Roumiantzeff":

Cour de Cas. (Ch. Civ., 1re sect) 17 Avril 1953, Rev. Crit. 1953, 412 note Batiffol, Clunet 1953, 860, note. Plaisant.

حيث طبقت محكمة الاستئناف قانون الموطن المشترك فى دعوى طلاق بين زوجين من جنسيتين مختلفتين وهو ما أكدت عليه فى حكمها بشأن تنفيذ حكم بالتطليق بين "فرنسية" و"بولونى" فى قضية "Lewandowski":

Cass. Civ. 15 Mars, 1955, Rev. Crit., 1955, 320 note Batiffol.

حالة طلب الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسمانى إلى أن يكون القانون المصرى هو واجب التطبيق على الطلاق أو التطليق أو الانفصال على الرغم من أن الزوجين أجنبيين فى حين أنه لا يوجد ما يبرر تطبيقه، إذا ما كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج(١).

إلا أن تغيير موقف محكمة النقض الفرنسية فى قضية Riviere عام ١٩٥٣ لم يؤثر على قضاء النقض فى مصر فقد تعرضت محكمة النقض المصرية لنص المادة ١٤ مرتين حيث قضت فى المرة الأولى بأن "نص المادة /١٤ من القانون المدنى أمر يتعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى".(٢)

وقضت فى المرة الثانية فى حكم حديث لها بشأن رفض تنفيذ حكم صادر من محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس انجليوس الأمريكية(٣) بأن "النص فى المادة ١٣ من القانون المدنى على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من اثر بالنسبة إلى المال . أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، وفى المادة ١٤ على أنه "فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ،

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣١٨.
(٢) انظر حكم النقض الصادر بجلسة ١٩٦٠/١١/١٧ أحكام النقض السنة ١١ ص ٥٨٣.
(٣) فى الدعوى رقم ١٧٢-٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩.

يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج". مفاده أنه متى كان الزوج مصريا وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصرى، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤ المشار إليها نص آمر متعلق بالنظام العام ، وكان عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص. وكان البين من الأوراق أن الطاعنة والمطعون ضده من المصريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولهما على الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق أحكام القانون المصرى على وقائع النزاع ولو عرض الأمر على محكمة أجنبية بحكم الاختصاص الدولى للمحاكم" ومن ثم انتهت المحكمة إلى أنه "وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع على القاضى المصرى الأمر بتنفيذه".(١)

---

(١) حكم النقض الصادر فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦١ق والطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٢ق بجلسة ١٩٩٣/٥/٢٥ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية. السنة ٤٤ الجزء الثانى . القاعدة رقم ٢٢٣ ص ٥٢٨.

الفصل الثالث
الحضانة والنسب والنفقات

تثار هنا مشكلات مهمة أهمها الحضانة والنسب والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار في بعض الحالات ، وقد يكون ذلك في علاقة من العلاقات ذات الطابع الدولي مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق، وهو ما نفصله على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحضانة.

المبحث الثاني: النسب.

المبحث الثاني: النفقات.

المبحــث الأول
الحضانة[1] .

يقول الحق سبحانه وتعالى "والله جعل لكم من انفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفده" فبين أن من أهم أهداف الزواج ايجاد الذرية التي تنتسب إلى الأب والأم ، وبالتبعية لاقارب كل منهما، وهو ما ينشأ عنه علاقات وحقوق متبادلة بين الآباء والأبناء .

فمن مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى ورفعه لمكانة ومنزلة الإنسان أن جعل له الولاية الشرعية[1] والوصاية على نفسه وبني جنسه ليحقق خلافته الشرعية في الأرض .

---

(١) انظر مؤلفنا مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤ .

وقـد كفلـت الـشريعة الإسـلامية ، الـشريعة العامــة واجبـة التطبيـق فـى مـصر والـبلاد الإسـلامية، وكـذا التـشريعات الحديثـة للأحـوال الشخـصية للطفـل أى كـان جنـسه أو جنـسيته أو ديانتـه - باعتبـاره اللبنـة الأولـى للمجتمـع – التمتـع بكـل الحقـوق الـشرعية، وعلى الأخص حقوقـه فـى الرضـاعة والحـضانة والمأكل والمسكن ورؤية والديه وتعليمه ورعاية أمواله فيما يطلق عليه الولاية على النفس والمال .

وإذ أن حضانة الطفل تمثل المرحلة الأولى من الولايـة علـى نفسه وكانت ذات أثر كبير فـى حمايـة نفسه من الهلاك فقد أولتها التـشريعات بالاهتمـام فنظمهـا المـشرع المـصرى بالمـادة ٢٠ مـن قـانون الأحـوال الشخـصية رقـم ٢٩ لـسنة ١٩٢٩ واهتم بهـا بـنص المــادة ٧ مـن قـانون الطفـل رقـم ١٢ لـسنة ١٩٩٦. كمـا نظمتهـا تشريعات دول أخرى كثيرة منها قانون الطفل الـصادر فـى المملكـة المتحدة سنة ١٩٨٩[١] وقـانون الأسـرة الـصادر فـى اسـتراليا عـام ١٩٩٦[٢] وقانــون تنظـيم الحـضانة الـصادر فـى نيوزلنـدا سـنة ١٩٦٨[٣] ومجموعــات قــوانين العائلــة فــى الولايــات المتحــدة الأمريكيـة[٤] فضـلا عن عدد كبير من الاتفاقيات الدولية والثنائية.

والحضانة كغيرهـا مـن علاقـات الأحـوال الشخـصية تتعلـق

---

(١) U.K. Children Act, 1989, C. 41, S.2.

(٢) Australia Family Law Reform Act, 1996, C.27, 60B- 61b, 61C (1), 63 C-D.

(٣) New Zealand Guardinship Act, 1968, S.3, S 15 (2).

(٤) Florida Statutes, S61. 13. 2b 1,2. Indiana Code Title 31, Article 1, Chapter 11, 5, 21 (a), (b), (f), (g), (h).

بحالة الانسان ومن ثم فإن أطرافها هم محورها .. فإذا ثار نزاع حولها بين طرفين مختلفى الجنسية أو الموطن أو الديانة، فإنها والأمر كذلك تثير التساؤلات عن طبيعتها القانونية، وعن كيفية اختيار القانون الذى يحكمها ــ حالة تزاحم القوانين لحكم العلاقة ــ وعن نطاق تطبيق القوانين الأجنبية فى الإقليم الوطنى للقاضى وما يحتفظ المشرع المصرى به لنفسه لينظمه وفقا لما يراه مناسبا حتى بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبى بشأن الحضانة أو ما يطلق عليه اصطلاحا مشكلات تنازع القوانين فى الحضانة.

وعلى الرغم من الأهمية الواضحة للموضوع إلا أن المشرع المصرى وإن اهتم بتنظيم الاختصاص القضائى بشأن الحضانة[١].

---

(١) حيث وسع من حالات اختصاصها فى هذا الشأن بموجب نص المادتين ٢٨ ، ٢٩ من قانون المرافعات إذا كان المدعى عليه مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن أو مقيم فى مصر والمادة ٦/٣٠ من ذات القانون إذا ما كان المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر ، هذا فضلا عن المادة ٢٣ منه إذا ما ارتبطت دعوى الحضانة بدعوى تطليق أو انفصال جسمانى أو غيرها من دعاوى الأحوال الشخصية بصرف النظر عما إذا كان الصغير مصريا أو أجنبيا ، تسهيلا عليه حيث ترفع الدعوى باسمه ولمصلحته. فمراعاة لضعفه وحاجته الماسة إلى من يتولى حضانته، بنى المشرع الاختصاص على مجرد ضابط الإقامة دون الموطن أو الجنسية .

إلا أنه ورغم هذا التوسع فى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر دعاوى الحضانة إلا أن هناك قصور فى النصوص الحالية بالمقارنة بما يجرى عليه العمل فى التشريعات الأجنبية .

ومن ثم يكون من الملائم الأخذ بالأحكام المقررة فى بعض القوانين المقارنة مثل القانون الكندى الذى يعقد الاختصاص بدعاوى الحضانة للمحاكم الوطنية إذا كان الصغير مقيما فى الإقليم الوطنى أو كان الأب متوطنا فيه ولو كان الولد موجودا فى الخارج بحسبان أن موطن الأب هو موطن قانونى للصغير . إضافة إلى اختصاصها بنظر هذه الدعوى إذا ما كانت مختصة بنظر دعوى التطليق أو

الانفصال بين الوالدين، لأنها محكمة موطنهما ، كما أنها موطن الولد الذى يراد تقريــر الحضانة عليه ، حتى ولو كان الولد نفسه موجودا بالخارج.
إذ بموجب هذه الإضافة يمكن إذا كان موطن الأبوين فى مصر عقد الاختصاص للمحـاكم المصرية بنظر دعوى الحضانة ومـا يتعلق بهنا ، حتـى ولـو كـان الولـد متواجدا بالخارج. ذلك أن نفى الاختصاص يعنـى تمكين أى من الأبوين من نـزع الاختصاص باختطاف الولد خارج البلاد، وإجبار الوالد الآخر المتوطن فى مصر على متابعته أمام القضاء الأجنبى، وقد لا تسعفه ظروفه المادية وأحوالـه الصحية من ذلك . وقد يمكن الاعتراض على ذلك بأن هذا الضابط للاختصاص سيؤدى إلى صدور حكم غير مؤكدة فعاليتـه . ومـع ذلـك فإنـه مـن الممكن ضمان فعالية ذلك الحكم فى الفرض الذى يعود فيه الولد إلى الإقليم الوطنى ، وإن لم يعد فلا نظن أن ذلك الحكم سيكون متعذر النفاذ فـى الخـارج، إذ يمكن طلب الأمر بتنفيذه، فهو صادر عن محكمة مختصة، وهى محكمة موطن الأسرة. أعمالا لقواعد الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة فى نوفمبر ١٩٨٩ .
والاتفاقيات الإقليمية مثـــل اتفاقية الرياض العربيـة للتعـاون القضائى الموقعـة فـى ١٩٨٣/٤/٤ (المادة ٢٥).
والاتفاقيـة الأوربيـة بشأن الاعتـراف وتنفيذ الأحكـام الخاصــة بحضانة الأطفـال الموقعة فى لكسمبورج فى مايو ١٩٨٠.
والاتفاقيـات الثنائيـة مثـل الاتفاقيـة المصرية – التونسية بشأن التعـاون القضائى الموقعة فى ٩ يناير ١٩٧٦ المادة ٢٣.
ومع هذا القصور الذى يحتـاج إلـى تعديل تشريعى فإن موقف المشرع المصرى قريب من أحكـام القـانون الاسترالى، الذى يشترط التواجد الشخصى للصغير أو أقامتـه فـى الإقليم الوطنى ضمانا لفاعلية الحكم الصادر بشأنه، وهو أفضل من مواقف مشرعى الدول اللاتينيـة الجرمانيـة، انظر المـادة ٦٤ من القانون الخـاص اليوغسلافى الصادر عام ١٩٨٣ والمادة ٦٦ من القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر عام ١٩٨٧ والمادة ٣/١٥١ من القانون الدولى الخاص الرومـانى الصـادر عام ١٩٩٢، التـى لا تكتفـى بإقامـة الصـغير بـل تستلزم أن يكون الصغير متوطنـا فيها.
وانظر :
Pattender: Foreign custody orders, the problems of & custody jurisidication, Queen's Jour., 1977, P. 338
انظر أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنيـة الدوليـة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ ، ص ١٧٧ ، وأستاذنا الدكتور عنايت عبد الحميـد ثابـت، أحكـام المرافعـات المقـررة فـى القـانون المـصرى فيمـا يتعلـق بالمنازعـات ذات الطـابع الـدولى، دار النهـضة العربيـة ، ط ١٩٩٧ ص ١٩٣ – ١٩٦ ، والـدكتور أحمـد قـسمت الجـداوى ، مبـادئ القـانون الـدولى الخـاص ، ط ١٩٨٨ ، ص ١١٤

أمــا فيمــا يتعلــق بتنازع الاختصاص التشريعى، فلم يهتم المشرع عند وضعه لقواعد تنازع القوانين بوضع قاعدة إسناد فى هذا الشأن ، إذ صدر القانون المدنى خاليا من أى قاعدة للإسناد فى منازعات الحضانة مما فتح الباب لاختلاف الفقه وأحكام القضاء فى تحديد الطبيعة القانونية للحضانة والقانون واجب التطبيق للفصل فى أهلية الحاضن والمحضون وفى المسائل الموضوعية للحضانة وما يرتبط بها .

ولذا فقد رأينا أن نعرض لهذه المسائل فيمايلى:

المطلب الأول : التكييف القانونى للحضانة .

المطلب الثانى : القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأهلية للحضانة.

المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق لتنظيم الحضانة.

المطلب الأول

التكييف القانونى للحضانة

تهدف الحضانة إلى الحفاظ على الأطفال ومن فى حكمهم وتنشئتهم التنشئة الفاضلة ومن ثم فهى تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم والعلاقة بين الأصول والفروع والولاية التى للأولين على فروعهم.

ورغم الاختلاف فى تحديد ما يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية، إلا أنه قد استقر فى القضاء المصرى "على أن عقد الزواج والطلاق وآثارهما يندرجان وبلا شك تحت هذه الطائفة

لتدخل حضانة صغار المطلق من زوجته فى نطاق هذه المسائل فتحكمها قواعدها"[١].

وليس هذا بجديد ، إذ سبق أن نصت المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاصة بتنظيم القضاء على أن "تشمل الأحوال الشخصية .... المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة .... والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة والتبنى والولاية ....". فرغم إلغاء هذا القانون إلا أن الفقه مايزال يستعين بهذه المادة فى تحديد ما يدخل فى نطاق طائفة الأحوال الشخصية .

فإذا كنا بصدد نزاع حول حضانة الصغير وكانت جنسيات الأطراف تختلف عن جنسية الدولة التى يرفع إلى قضائها النزاع سواء فى ذلك أن كانت جنسياتهم واحدة أم مختلفة.

فإن السؤال المبدئى الذى يثور آنذاك هو أى القوانين نطبق لتحديد ماهية المسألة المعروضة وماهية محل الحضانة؟

ونرى أن نجيب على هذا السؤال فيمايلى:

أولا : القانون واجب التطبيق لوصف الحضانة:

يغلب أن لا تثير حضانة الصغار مشكلة إذا ما وجدوا بين والدين وطنيين تربطهما عرى الزوجية إذ تكون المسئولية مشتركة

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ق دستورية الصادر أول مارس سنة ١٩٩٧، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١١ فى ١٣ مارس ١٩٩٧ ص ٧٠٧ – ٧١٨.

بين الوالدين وتخضع للقانون الوطنى المصرى فى كل عناصرها، كما لا تثور مشكلة بشأن حضانة الولد غير الشرعى لأم مصرية الجنسية إذ أنها تكون للأم ومن يدلى بها لعدم العصبة من الرجال لثبوت النسب منها بواقعة الميلاد فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى، كما لا تثور مشكلة بشأن حضانة اللقيط إذ تتكفل الدولة بحضانته بصفتها ولى من لا ولى له ، فى المؤسسات والملاجئ التى يسلم إليها بمجرد العثور عليه (المادة ٢٣ من قانون الأحوال المدنية والمادة ٢٠ من قانون الطفل المصرى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦) وهو نفس الوضع فى فرنسا حيث تتكفل الدولة بحضانته فى جمعية رعاية الأطفال[١].

إلا أن الحضانة قد تكون سببا للخلاف والتقاضى أثناء الحياة الزوجية لأسباب مثل معارضة الزوج فى أهلية زوجته فى حضانة ولده، أو عند وقوع الطلاق أو الانفصال بين الابوين . وتزداد المشكلة صعوبة إذا ما اختلفت مواطن الأطراف أو جنسياتهم، كأن كان احدهم مصرى والآخر أجنبى أو كل الأطراف من الاجانب، لاسيما إذا صاحب ذلك اختلاف ديانتهم ، إذ يلزم عندئذ الرجوع إلى قاعدة من قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق.

والحقيقة أنه لا يمكن تطبيق قاعدة من قواعد حل تنازع القوانين بشأن أى علاقة قانونية الا بعد وصف أو تكييف هذه العلاقة[٢]. أى بعد حل التنازع الخفى للقوانين[٣] بتحديد الطبيعة

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٩١٩/١٢/٢٩ ، منشور فى مجموعة الأحكام، المجلد الأول ص ٣٣ .

(٢) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٥ يناير ١٩٥٤ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، ١٩٥٤، ص ٣٢٩.

القانونية لهذه العلاقة . أى تحديد مضمون قاعدة الإسناد وتحديد نطاقها ومرماها[١] .

فإذا رفعت سيدة فرنسية دعوى طلاق على زوجها الفرنسى الجنسية وضمنت عريضة دعواها بطلب بضم ولدها منه إلى حضانتها ، فالقاضى لكى يفصل فى طلب الحضانة يتعين عليه معرفة القانون واجب التطبيق بالرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة فى القانون المدنى، فإذا ما رجع القاضى إلى هذه القواعد ولم يجد قاعدة تتكلم عن الحضانة بل وجد قواعد بشأن الزواج والطلاق وآثارهما فان عليه أن يحدد الوصف القانونى للحضانة حتى يتمكن من معرفة قاعدة الإسناد المناسبة ولا يتحقق له ذلك إلا بتحديد نوع وطبيعة ومصدر الحق أو الالتزام محل النزاع فيتمكن من إدخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معينا[٢] بما يترتب عليه من معرفة الحقوق والواجبات التى يتمتع بها الوالدين والمحضون وما إذا كان قانونه الوطنى مختص أم أن قانونا آخر هو واجب التطبيق توصلا

---

(٣) انظر:
Kahn: gesetzeskollisionen Ein Beitrag Zur Lehre de internationalen privatrechts, Ihrings., 1891, P I.
وفى عرض المسألة انظر دكتورة حفيظة السيد الحداد : محل التكييف فى القانون الدولى الخاص ، ١٩٩٢ ص ١٧ ومابعدها .

(١) انظر
R. Lehmann : Les Qualifications, Juris cláss. Dr. int, Fasc . 531 (D) P. 34.
وفى الفقه المصرى دكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٧٠ ، ص ٢٠١.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ح١ ص ٢٣٥.

إلى اصدار حكمه بين المتخاصمين(١). وهنا يثور السؤال طبقا لأى قانون تخضع عملية إعطاء الوصف القانونى للحضانة؟

ولا جدال فى أن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف قاعدة التنازع واجبة التطبيق إعمالا لنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون واجب تطبيقه من بينها".

وهكذا يتعين على القاضى المصرى أن يقوم بتحديد فكرة الحضانة وتمييزها عن غيرها من الأفكار القانونية بتحليل هذه الفكرة تمهيدا لاعطاء الوقائع المعروضة عليه الوصف الصحيح ووضعها فى المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة فى فرع معين من فروع القانون فيتيسر له معرفة القانون واجب التطبيق على النزاع.

ولم يكن ذلك ليمثل مشكلة تذكر إذا ما وجد نص تشريعى فى هذا القانون يحدد لنا وصف أو طبيعة الحضانة إذ ما كان على القاضى ألا أن يلتزم به ومن ثم يحدد قاعدة تنازع القوانين واجبة التطبيق ، إلا أنه وفى غياب مثل هذا التكييف التشريعى فما على القضاء والفقه إلا أن يجتهد للوصول إلى وصف المسألة.

واذا كانت لا توجد صعوبة خاصة بتكييف المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية باعتبار أنها يجب أن تكون واحدة بالنسبة لجميع

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى : القانون الدولى الخاص المصرى ، الطبعة الأولى ١٩٣٦ ، مطبعة نورى بالقاهرة ، ص ١٨٦، ١٨٨؛ والدكتور عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولى الخاص فى أوربا ومصر ، طبعة ١٩٢٤ ص ٢٨٧.

المصريين ، حيث يستلهم الاجتهاد بشأنها الاصول والقواعد العامة لمختلف فروع القانون[١]، فإن الأمر على غير ذلك فى شأن تكييف مسائل الاحوال الشخصية حيث أن النظام القانونى المصرى فى الأحوال الشخصية من الأنظمة المركبة ، تتعدد فيه الشرائع التى تحكم تلك المسائل بتعدد ديانات الأطراف فيها ، فإلى جانب الشريعة الإسلامية ، أجاز المشرع فى بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج وما يتعلق به تطبيق الشرائع غير الإسلامية ، خصوصا بالنسبة للمصريين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة[٢]. بمعنى أنه لا يوجد قانون مصرى واحد يسود فى مصر فيحكم جميع العلائق القانونية بالنسبة للمصريين ، ويبين الحكم الواجب الاتباع بالنسبة للعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى.

وهنا يطرح السؤال : طبقا لأى شريعة داخلية يجرى تكييف مسائل الحضانة ذات العنصر الأجنبى؟

لا يتفق الفقه المصرى حول هذه المسألة إذ ذهب رأى إلى أنه "إذا كانت المسألة تدخل فى مجال تطبيق الشريعة الإسلامية" وجب الرجوع إليها فى تكييف المسألة . أما إذا كانت "من المسائل المستثناة التى نظمها المشرع بنصوص خاصة، أو سمح بالنسبة لها بالرجوع إلى أحكام الشرائع الملية والطائفية" "تعين على

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع لأصولا ومنهجا ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ، مكتبة الجلاء ، ص ٣٩٢.

(٢) الدكتور حامد زكي، المرجع السابق ص ٢٠٢، وفي نفس الموضوع ، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٩٣، والدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد ، أصول تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ط ١٩٩٥ ، ص ١٦٦.

القاضى الرجوع فى التكييف إلى النصوص التشريعية التى تحدد أوصافا معينة أو إلى الشريعة الملية أو الطائفية التى منحها المشرع الاختصاص بحكم هذا النوع من المسائل فى ضوء "المبادئ السائدة فى الشريعة الإسلامية لكونها الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية"(١) بالنسبة للمصريين.

إلا أننا نميل إلى ترجيح رأى آخر(٢) يذهب إلى ضرورة الرجوع فى تكييف مسائل الحضانة – كغيرها من مسائل الاحوال الشخصية – إلى الشريعة الإسلامية ، بصفة أصلية للاعتبارات الآتية :

١ – إن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية(٣) أو هى "القانون المصرى للأحوال الشخصية"(٤). ولذلك كان من الطبيعى أن تستمد منها ما يدخل فى

---

(١) رأى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع الساق ص ١١٦ – ١١٧ وقرب ذلك رأى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، ط ١٩٧٠ ، ص ٢٤٠-٢٤١.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٣٩٣ والدكتور محمد عبد المنعم رياض ، مبادىء القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ٣٩٥ والدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ط ١٩٣٦ بند ١٨٤، ص ٢٠٣.

(٣) انظر المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢ والمادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وأحكام محكمة النقض المصرية فى الطعون أرقام ٣٧٥، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ق ، أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٨/٥ مج الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى السنة ٤٧ قاعدة رقم ٢١٢ ص ١١٣٤ العدد الثانى .

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله ، الأسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، المجلة المصرية للقانون الدولى عدد ١٩٥٤ ص ١٣٣- ١٣٤.
وفى مفهوم الشريعة الإسلامية ، وانظر سيف النصر زكى ، الاحوال الشخصية للاجانب ومدى خضوعها للشريعة الإسلامية ، مجلة التشريع والقضاء السنة الثانية ١٩٤٩ –١٩٥٠ ، ص ٢٥ وخاصة ص ٢٧-٢٨.

مسائل الحضانة.

٢ ـ أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية أيسر بالنسبة للقاضى، بالنظر إلى ما بذله فقهاء الشريعة الغراء من جهد فى تبسيط وإيضاح مبادئها وأحكامها والكشف عن روحها العامة، على عكس الشرائع الطائفية الأخرى التى ما زالت أحكامها مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب وشروح بعض المجتهدين بلغات لا يفهمها غالبية المتقاضين.(١)

٣ ـ أن الرجوع إلى الشرائع غير الإسلامية فى التكييف يقود غالبا إلى نتائج لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، كشريعة عامة للأحوال الشخصية ، على النحو الذى سنراه بشأن سن الحضانة والأهلية للحضانة.

٤- أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فى التكييف أمر تفرضه اعتبارات السياسة التشريعية ، التى تستلزم اتباع مسلك موحد تجاه تكييف المسائل ذات الطابع الدولى لاسيما فى المسائل التى تمس كيان الشخص وحياته الاجتماعية، إذ لا يكون مقبولا وجود تكييفات مختلفة لذات المسألة، بحسب إجرائها طبقا للشريعة الإسلامية أو طبقا للشرائع الأخرى(٢).

والحقيقة أنه لا يكفى للفصل فى مسألة توصيف الحضانة أن

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٣٩٤ والمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وأحكام محكمة النقض فى الطعون أرقام ١٩٤ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية، جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩ و٧٥ لسنة ٥٣ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ منشور فى مج السنة ٢٦ ع١ ص ٤٣٢ و١٧ لسنة ٢٨ق احوال شخصية جلسة ١٩٦٠/١١/١٧ السنة ١١ ص ٥٨٣.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٣٩٤.

ننتهى إلى أن الشريعة الإسلامية هى القانون واجب التطبيق بشأن تكييف هذه المسألة فى مصر ذلك أنه إذا كان الهدف من التكييف هو تحديد طبيعة العلاقة محل النزاع حتى يتمكن القاضى من معرفة الحقوق أو الواجبات التى يتمتع بها أو يتحملها أشخاص معينون ومعرفة مدى اختصاصه بنظر الدعوى ، فان هذا الهدف لا يتحقق بمجرد القول بأن الشريعة الإسلامية هى القانون واجب التطبيق، إذ لا يتفق الفقه والقضاء حول وصف معين للحضانة فى الشريعة الإسلامية.

فقد اختلفت الآراء وأحكام القضاء حول طبيعة الحضانة ومصدر الالتزام بها وهى الأمور واجبة البيان لتحديد الوصف القانونى لها ومن ثم معرفة نطاق تطبيق القانون المصرى والتوصل إلى قاعدة الإسناد المناسبة وهو ما نعرض له فيمايلى:

نطاق تطبيق القانون المصرى فى تكييف الحضانة:

إذا كان تكييف الحضانة يهدف إلى تحديد مضمون هذه الفكرة من خلال القواعد القانونية التى تتعلق بها[١] فإن معنى هذا أن وصف الحضانة يقتضى أن نختار لها تعريفا واضحا ونحدد موقعها من الالتزامات والحقوق وإذ كانت حقا أو التزاما فلمن تجاه من؟ وما هو مصدر هذه الفكرة؟ وتلك هى المسائل التى نعرض لها فيمايلى :

---

(١) B. Ancel: Les conflits de qualifications a L' epruve de la donation entre epoux, Dalloz 1977, P. 221.

ولنفس المؤلف:

L'objet de la qualifications, Cluent, t.107, no.2, 1980, P. 227.

التعريف اللغوى والاصطلاحى للحضانة:

الحضانة فى الأصل مصدر للفعل حضن[١] أى ضم وهو يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية فقال حضنت المرأة ولدها حضانة[٢] إذا ضمته إليها ومن ثم فإن المعنى اللغوى للحضانة أنها "تربية الولد"[٣] . ومنه يعلم أن حاضنة الصبى هى القائمة على أمر تربيته.

أما فى الاصطلاح فقد تعددت تعريفات الفقهاء بشأن الحضانة وإن كانت تكاد تكون متقاربة فى ألفاظها متفقة فى معناها.

فقد استخدم الاصطلاح ليدل على "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة"[٤]. وليدل على "حفظ الولد فى تربيته ومؤنته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه"[٥].

وواضح ما فى هذا الاستخدام من تركيز على تعريف الحضانة بمعناها الخاص، أى حضانة الطفل ، وهو تعريف يضيق

---

(١) بفتحتين .
(٢) بفتح الحاء المُهملة . انظر القاموس المحيط للشيخ محمد بن يعقوب الفيروزابادى الشيرازى المطبعة الأميرية ببولاق جـ٤ ص ٢١٥ باب النون فصل الحاء .
(٣) وهـذا هو التعريف الذى أخذ به القضاء المصرى . انظر الحكم فى الدعوى رقم ١٥/٨٩ س.ك بنى سويف فى ١٩٥١/١٢/٥ منشور بالمحاماة الشرعية العدد ٢٢ ص ٦٤٠.
(٤) وهو تعريف الاحناف : انظر رد المختار على الدر المختار: محمد أمين بن عابدين ـ مطبعة دار السعادة ـ الجزء الثالث ص ٦١٠ وانظر الجزء الثانى ص ٥٦٠.
(٥) وهو تعريف المالكية : انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لاحمد بن محمد بن أحمد الدردير ـ الجزء الأول ص ٤١٥.

عن ان يتسع لحضانة من هم فى حكمه كالمجنون الذى لا يقدر على القيام بمصالح نفسه[١] . ولذا فقد رأى البعض أن الحضانة اصطلاحا هى "تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ودفع ما يضره"[٢] أو هى "حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل ما يصلحه"[٣]، أو هى – كما عرفها البعض فى الفقه الحديث[٤] – تلك الأعمال التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم. وهى تعريفات كما هو واضح لا تبعد كثيرا عن التعريفات اللغوية فضلا عن أن هذا الأخير ليس إلا تعريفا للحضانة بالهدف منها بلا تحديد لها فى ذاتها.

التعريف الشرعى والقانونى للحضانة:

وإن كانت المعانى الاصطلاحية للحضانة واضحة على النحو الذى أسلفناه إلا أن كون الحضانة علاقة من علاقات الاحوال الشخصية ومن ثم تخضع لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون العام للأحوال الشخصية يجعلنا ننظر

(١) انظر الدكتور نصر فريد واصل ، الولايات الخاصة ونفقة الأولاد والأقارب فى الشريعة الإسلامية، طبعة مكتبة الصفا ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م.ص ٦٠.

(٢) وهو قول الشافعية. انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أبى العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى – مطبعة مصطفى الحلبى جـ٧ ص ٢١٤.

(٣) وهو قول الحنابلة . انظر : الروض المربع بشرح زاد المستنقع للعلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتى - الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية – ط ١٣٩٨هـ جـ٢ ص ٣٢٨.

(٤) انظر الدكتور رشدى شحاته، شروط ثبوت حق الحضانة فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ، ط ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م ص ٤١، وانظر حكم المحكمة الكلية، لبنى سويف فى الدعوى رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ جلسة ١٩٥٤/٢/٣ منشور بالمحاماة الشرعية ٧٣/٢٥.

إليها من منظور هذا التشريع.

فالحضانة وهى تستهدف حفظ الصغير تخول للحاضنة سلطة عليه ومن ثم يقرر الفقهاء أن الحضانة صورة من صور الولايات الشرعية(١). ذلك أن الولاية(٢) من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه او على غيره تنقسم إلى :

١ – ولاية ذاتية قاصرة :

وهى التى تكون على ذات الإنسان ونفسه معا أو على ماله فقط أو على نفسه فقط.(٣)

٢- ولاية غير ذاتية متعدية:

وهى ولاية الإنسان على غيره من الناس.(٤)

وواضح أن الحضانة وما يتعلق بها يدخل تحت مفهوم النوع

---

(١) انظر الدكتور نصر فريد واصل ، المرجع السابق . والدكتور نزيه حماد، نظرية الولاية فى الشريعة الإسلامية ، طبعة دار القلم بدمشق ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م. والدكتور على البدرى احمد الشرقاوى ، الولايات وأحكام القضاء فى الاسلام ، طبعة دار النهضة العربية ، والإمام محمد ابو زهرة ، الولاية على النفس ، طبعة دار الفكر العربى، ص ٦-٧.

(٢) استعمل جل الفقهاء كلمة الولاية بمعنى "السلطة التى يتمتع بها الشخص فى إلزام الغير وتنفيذ القول عليه ، شاء الغير ذلك أم أبى . كما تشمل الإمامة العظمى والخطة كالقضاء والحسبة والمظالم والشرطة ونحوها ، وكذلك قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر فى تدبير شئونه الشخصية والمالية. انظر دكتور نزيه حماد ، المرجع السابق ص ٨.

(٣) وتسمى بالولاية غير المتعدية ، لأنها تقتصر على ذات الإنسان فقط بنفسه أو ماله فقط، فهى لا تتعدى على الغير فهى قاصرة غير متعدية أى "ولاية ذاتية".

(٤) وهى أما أن تكون كاملة أو قاصرة : فالقاصرة هى التى تكون على النفس فقط ، أى نفس الغير أو المال فقط أى مال الغير، أما الكاملة فهى التى تكون على الاثنين معا: النفس والمال. انظر دكتور نصر فريد، المرجع السابق ص ٨-٩.

الثانى من الولاية، أى الولاية المتعدية ، أو الولاية الكاملة على الغير حيث شرعت لحفظ نفس الغير الذى لا يقدر على حفظ نفسه وماله، لضعفه وعجزه أو لزوال عقله وعدم إدراكه . لأن ذات الإنسان ونوعه مصونة فى جميع الاحوال لتحقيق أصل الخلافة الشرعية ونوعها إلى ما يشاء الله . فالطفل فى مرحلته السنية الأولى ، وخاصة التى تتصل بإرضاعه وحضانته ، يكون فى سن عدم التمييز ، وبالتالى لا يتصور فيه أن يعتمد على نفسه اعتماداً كلياً يعتد به شرعا أو قانونا فى كل أمور حياته.

ولهذا كان غير مكلف فى نظر الشارع فى حق نفسه وكان غيره هو الذى يقوم مقام نفسه فى كل ما يتعلق به بالولاية الشرعية أو القانونية التى تكون من حيث الأصل للأب والأم[١]. حيث يطلق على ولاية الأم أو من يحل محلها "ولاية الحضانة" أو ولاية التربية الأولى[٢] أما ولاية الأب على الصغير فيطلق عليها "ولاية حفظ ورعاية"[٣].

أما إذا بلغ الصغير أقصى سن للحضانة فتنتقل الولاية عليه

---

(١) تجيز الشريعة الإسلامية اعطاء الحضانة لغير الأب والأم فى حالة عدم وجودهما أو عدم صلاحيتهما وفقا لترتيب معين تبينه كتب الفقه . انظر الشيخ أحمد ابراهيم: أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون ط ١٩٩٤ ص ٥٨٨ . وكذلك انظر قانون المملكة المتحدة الصادر سنة ١٩٨٩ والسابق الإشارة إليه ، وقانون الحضانة فى نيوزلندا الصادر سنة ١٩٦٨ وقانون ولاية مينسوتا الأمريكية الصادر سنة ١٩٩٦ فى المادة رقم (١) و (٢) ١٥٨-٥١٨.

(٢) انظر الأمام محمد ابو زهرة، المرجع السابق ص ٦ .

(٣) وهى مع النفس فقط تسمى ولاية على النفس وعلى المال فقط تسمى ولاية مالية ومعهما معا تسمى ولاية على النفس والمال معا . انظر الدكتور نصر فريد ، المرجع السابق ص ٥٨. وكذلك الكتور أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة فى الإسلام ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٨٥ ، جـ٢ ص ٢١٨.

لأقرب عاصب ليقوم بتهذيبه وتوجيهه وتعليمه وتشغيله وتزويجه ونحو ذلك". وهو ما يطلق عليه الفقه "ولاية ضم الصغير"(١).

وفى ضوء ذلك البيان لمكان الحضانة من الولايات الشرعية وكون المشرع المصرى لم يتبن تعريفا بعينه للحضانة خلال تنظيمه لها بنصوص المادتين ١/١٧، ٤(٢) و١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩(٣)، نميل إلى رأى يعرف الحضانة فى القانون المصرى بأنها "سلطة يجعلها الشارع لإنسان معين على الطفل للقيام بما يلزمه من مؤنة المعيشة وحمايته مما يؤذيه وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه تماما"(٣).

وهو ما نحت إليه المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر عام ١٩٩٣ حيث عرفت الحضانة بأنها "ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته"(٤).

ويضمن هذا التعريف بيان الحقائق الآتية :

١ ــ أن ضم الصغار إلى الحاضنات من قبيل الولاية على النفس التى لا يشترط للتمتع بها بلوغ سن الرشد بل يكفى لها البلوغ

---

(١) انظر دكتور رشدى شحاته أبو زيد ، المرجع السابق ص ١٢٩.
(٢) مكرر ثالثا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
(٣) المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
(٣) انظر دكتور سمير محمد محمود عقبى، الحضانة فى الفقه الاسلامى ، دراسة مقارنة ــ دار المنار للنشر ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ص ١١. وقرب هذا دكتور نصر فريد واصل، المرجع السابق ص ٦٠.
(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية ــ دستورية الصادر بجلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ مج أحكام المحكمة الدستورية ج٥ مجلد ٢ ص ٢٦٠-٢٩٠ وخاصة المبدأ رقم ١٠.

الشرعى اللازم لاكتمال اهلية التكليف[١].

٢ – أن الحضانة سلطة لإنسان معين على آخر يتمكن الحاضن عن طريقها من تحقيق الغاية المنشودة التى من أجلها شرعت الحضانة . ومن هنا كان لزاماً أن تمنح هذه السلطة لمن تتوافر فيه شروط معينة ليكون أهلا للقيام بما أسند إليه.

٣ – أن الحضانة باعتبارها سلطة إنما تثبت على الصغير لصغره.

٤ – أن مصدر الحضانة باعتبار كونها ولاية على نحو ما سوف نفصله فيما بعد ، هو الشرع أو القانون وذلك أما عن طريق النص باعتبار أن المشرع قد حدد صاحب الحق فى هذه الولاية فى بدايتها وما يلى ذلك من مراحل وإما عن طريق المعنى لكونه قد أقر المنهج الذى يتم به تعيين الحاضن .

٥ – وأن الهدف من هذه الولاية يتمثل فى عدة نقاط هى:-

أ – رعاية الجانب التنموى فى حياة المحضون أو القيام بما يلزمه فى معيشته من مأكل ومشرب وملبس ونحوه من التنظيف والتزيين.

ب – رعاية المحضون فى حركاته وسكناته أى حفظه عما يؤذيه.

ج – رعاية الجوانب الاجتماعية والثقافية والروحية للمحضون، أى القيام بتربيته بما يصلحه سواء كان ذلك

---

(١) يشترط القانون المصرى بلوغ سن واحد وعشرين سنة ليمكن الانسان من ماله وتصح تصرفاته فيه. انظر حكم محكمة شبين القناطر فى الدعوى رقم ٩٩٥ لسنة ١٩٥٢ جلسة ١٩٥٣/٦/١٥ منشور بالمحاماة الشرعية (١٢٢/٢٤).

فى دينه أو دنياه[١].

وهـــى الأهداف التى تتغياها كل القوانين المنظمة للحضانة من ذلك مثلا نص المادة ٥/٢١ من قانون ولاية انديانا الأمريكية[١] التى أعطت للحاضن سلطة تحديد ما يلزم لرعاية الطفل بما فى ذلك تعليمه، والرعاية الصحية، وتعليمه دينه Religious Training ، ورعايته عاطفيا . ونص المادة 26.09.002 من مجموعة قوانين ولاية واشنطن[٢] التى حددت مسئولية الحاضن بشأن ما هو ضرورى لرعاية ونمو الطفل ، بما فى ذلك ضمان حياة مستقرة وتوفير احتياجاته اليومية ورعايته صحيا واشراكه فى الأنشطة الرياضية والاجتماعية التى تناسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية للأسرة ومساعدته فى اكتساب المهارات والخبرات الاجتماعية.

وكذلك نص المادة ٦١/ ب من قانون الاسرة فى استراليا الصادر سنة ١٩٩٦ التى حددت ما للحاضن بأنها "كل الواجبات ، والسلطات التى نص عليها القانون للوالدين فى علاقتهم بأطفالهم"[٣] دون إشارة إلى حقوق للحاضن بل تأكيد على التزامات تقع عليه.

وأيضا نص المادة ٣ من القانون المنظم لعلاقة الحضانة فى نيوزلندا التى عرفت الحضانة بأنها[٤] "الحق فى رعاية الطفل

---

(١) انظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٢-١٣.
(1)U.S.A. Indiana Code, Title 31, Article 1, Chapter 11.5, 21 (b).
(٢) U.S.A. Revised Statutes of Washington 26.09.002. (3).
(٣) Australia Family Law Reform Act, 1996, C. 27, 61 (B).
(٤) "Guardcinship means the custody of a child and the right of

والحق فى متابعة تدريبه وتعليمه. وهو مقارب للتعريف الذى اخذ بـه قـانون الطفل الصادر سنة ١٩٨٩ بالمملكة المتحدة[١] وتعديلـه الصادر سنة ١٩٩٦[٢] وقـانون العائلـة بولايـة فلوريدا الأمريكيـة الصادر سنة ١٩٩٥[٣] . أمـا فـى قـوانين الـدول العربيـة فقد مـال المشرع السودانى – علـى سبيل المثـال – إلـى تعريـف مقـارب للتعريفات اللغوية وأن أكد فيه على مصلحة الحاضن والمحضون معا حيث عرفها بالمادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية بأنها "حفـظ الولـد وتربيتـه وتعليمـه بمـا لا يتعـارض مـع حـق الوالـد ومصلحة الصغير".

الطبيعة القانونية لولاية الحضانة:

لمـا كانت الحضانة ولايـة مـن الولايـات الشرعية وتخـول للحاضن سلطة على المحضون ، وكان فـى تركـه ممن لهم الولايـة عليه إهلاك له ، وهو أمر محظور شرعا بقول الحق سبحانه "ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بـالحق" وقولـه "ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كـان بكم رحيما" فقد ثار التساؤل عمـا إذا كانت الحضانة فـى القانون المصرى حق للحاضن أم للمحضون ، وبعبـارة أخرى هل هى حق أم التزام فى جانب الحاضنة وإذا كانت حقا أو التزام فمـا هو مصدر هذا الحق أو الالتزام؟

---

control over the up bringing of a child, and includes all rights, powers, and duties in respect of the person and up bringing of a child". Gurdianship Act, 1968, S.3.

(١) U.K. Children Act. C. 41, SS 1/3, 4,5.

(٢) C. 27, S. 11.4, 5.

(٣) Florida Statues, S. 61. 13, 3.

وتوصلا إلى تحديد الطبيعة القانونية للحضانة سنعرض لكل من المسألتين فيمايلى :

١ - التمييز بين الالتزام بالحضانة وصاحب الحق فيها وأثره فى تنازع القوانين :

إذا كان للصغير الحق فى البقاء والنمو، فإن للوالدين الحق فى تربيته وحفظه باعتباره امتدادا لهما، فضلا عن أن للمجتمع أيضا الحق فى حفظ النفس الإنسانية للمحضون بإحيائها ورعايتها[١] . ومن ثم فقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كانت الحضانة حق أم التزام أو هل هى حق للحاضنة وثم قد تكون أثرا من آثار الزواج أو الطلاق أم هى التزام على الحاضنة ومن ثم قد يكون لها مصدر مستقل عن عقد الزواج وآثاره النهائية ، نقصد الطلاق والانفصال والحقيقة أن للحقوق فى تعريف الفقهاء معنيين أساسيين :

أ : بمعنى "مجموعة القواعد والنصوص التشريعية" التى تنظم على سبيل الإلزام ، علائق الناس من حيث الأشخاص والأموال.

وهى بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف لمعنى "الحكم" فى اصطلاح علماء أصول الفقه، أو لمعنى "القانون" فى اصطلاح علماء القانون.

---

(١) انظر الدكتور نصر فريد ، مرجع سبق ذكره ص ٦١ ، والدكتور سمير عقبى ، مرجع سبق ذكره ص ١٠٦ ، وكذلك بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى (الحنفى المذهب) – المطبعة الجمالية بمصر – الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧- ١٣٢٨هـ.

وهذا هو المعنى المراد عندما نقول مثلا: الحقوق المدنية ، أو القانون المدنى .

ب : تكون جمع "حق" بمعنى السلطة والمكنة[١] المشروعة أو بمعنى الطلب الذى يجب لأحد على غيره. وبالتالى فهو "اختصاص يقرر به الشرع سلطة و تكليفا"[٢].

وهذا هو المراد فى مثل قولنا: إن للمشترى حق الرد بالعيب، وأن التصرف على الصغير هو حق لوليه أو وصيه ، ونحو ذلك من حق الولى فى التصرف على من تحت ولايته ، فإنه سلطة لشخص على شخص وكحق الوارث فى ملكية أعيان التركة الموروثة ، فإنه سلطة لشخص على شىء.

وعلى ذلك فالحق تقرير لسلطة أو لتكليف لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة تكليفاً.

ويقول فقهاء القانون أن السلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شىء.

فالسلطة على شىء معين كحق الملكية، وحق الولاية على المال، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشىء .

أما التكليف فهو دائما عهدة على إنسان. وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله ، وإما عهدة مالية كوفاء

---

(١) المكنة (بفتح فكسر) فى اللغة: بمعنى القوة، أو الشدة، أو السلطة ، فى قولهم: مكنته من شىء تمكيناً ، إذا جعلت له عليه سلطانا وقدرة. انظر المصباح المنير.

(٢) الدكتور مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى . دار القلم – دمشق – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ص ١٩.

الدين[١]. وهو ليس موضوع دراستنا هنا.

والسلطة على شخص كحق الولاية على النفس ، إذ يخول الولى أن يمارس سلطة على القاصر تأديبا وتطبيبا وتعليما وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك. وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته.

ويبدو من ذلك التعريف للحق والتعريف الذى سبق أن أخذنا به للحضانة أن حضانة الصغير حق لا التزام باعتبار أنها تخول سلطة على شخص الصغير إلا أن هذا ليس صحيحا على إطلاقه. فكما يقال: إن كل حق يقابله واجب ، ولا يكون هذا التقابل والتلازم مسوغا لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً ، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق والالتزام واحداً ، وإن كان المحل الذى ينصب على كليهما متحداً .

فإذا كنا قد عرفنا الحق بأنه هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا ، فإن الالتزام يعرف بأنه "كون شخص مكلفا

---

(١) انظر المرجع السابق ص ١٩-٢١ وكذلك الشيخ على الخفيف : الحق والذمة . ص ٣٦ حيث يعرف الحق بأنه "مصلحة مستحقة شرعا" وهو تعريف منتقد بعدة أوجه من النقد من أهمها ما يسميه الفلاسفة "دائرة فاسدة" حيث لم تمكن معرفة الحق الاصطلاحى إلا بفهم معنى كلمة "المستحقة" وهذه لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق فيحصل التمانع. انظر الدكتور مصطفى الزرقا . المرجع السابق ص ٢٣ بالهامش . وهو نفس الانتقاد الذى يوجه للتعريف الذى تبناه الدكتور سمير عقبى . مرجع سبق ذكره ص ١٩ . حيث يقول الحق فى أساسه هو كل ما يستحقه الإنسان على سبيل الشرع".

وفى تعريف الحق لدى فقهاء القانون . انظر الاستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى ،نظرية العقد. ص ٢ . حيث يعرف الحق بمعناه العام فى المعاملات بأنه: "مصلحة مالية يقرها القانون للفرد" وفى انتقاد هذا التعريف وقصوره . انظر الدكتور مصطفى الزرقا . المرجع السابق ص ٢٢ هامش (١).

شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره"[١]. ويكفى أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى، فإن التلازم بين الأمرين شىء، واتحاد مفهوميهما شىء آخر.

ففى الحق معنى الاختصاص وفى الالتزام معنى التكليف وإن كانا طرفى رابطة واحدة وعناصرهما واحدة . وعلى ذلك يجب أن نفصل بين الالتزام ذاته وبين الملتزم (المكلف) والملتزم له (صاحب الحق). فمثلا إذا كنا بصدد التزام بنفقة الأقارب الناشئة عن إلزام الشرع : نكون بصدد المكلف بالنفقة (الملتزم) والمستحق لها (الملتزم لـه) ، وموضوع الالتـزام وهو أداء النفقة، فيكون الالتزام هو وجوب أداءها، والمال هو محل الالتزام[٢].

أما إذا كنا بصد الحضانة فتكون الحضانة فى حد ذاتها باعتبارها ضم وتربية الصغير هى الالتزام بينما تكون الحاضنة ملتزما والصغير ملتزما له أو صاحب الحق.

ويبين من هذا أنه يجب عدم الخلط بين الالتزام بالحضانة وبين صاحب الحق فى الحضانة فضلا عن أنه لا يجوز الخلط بين الالتزام بالحضانة والسلطة التى تخول للحاضنة والأب على الصغير ، إذ أن هذه السلطة والولاية إنما هى أثر للالتزام بالحضانة وليست هى الحضانة فى ذاتها ولا يمنع هذا من أن يكون الالتزام بالحضانة مزدوجا متبادلا – على نحو الرأى الذى رجحناه - بين الأب والأم (ولاية تربية وولاية حفظ).

---

(١) دكتور مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٩٣.
(٢) انظر المرجع السابق من ص ٦١ حتى ٦٥.

ولهذه التفرقة أهميتها العملية البالغة فى مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبى، إذ بينما يخضع تحديد ما إذ كانت الحضانة التزام أم لا للقانون الوطنى للقاضى باعتبارها مسألة أولية لتحديد الطبيعة القانونية للحضانة ، يخضع تحديد نطاق السلطة المخولة للحاضن للقانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد فى قانون القاضى.

٢ - مصدر الالتزام بالحضانة وأثره فى تنازع القوانين :

إذا كانت الحضانة التزام على الحاضن تجاه من وجبت رعايته وحفظه والعناية به وكان لا يجوز لها أن تخل بالتزامها تجاه المحضون لعجزه عن رعاية نفسه فما هو مصدر هذا الالتزام المؤكد فى جانب الحاضن؟

لم يتفق الفقه والقضاء على تحديد مصدر الالتزام بالحضانة، بل تفرق إلى اتجاهات متنوعة هى :

الاتجاه الأول : الحضانة أثر من آثار الزواج :

اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين(١) وأيدهم جانب من الفقه

---

(١) انظر :

P. Mayer : Droit international privé, Paris, ed. 1977, P. 423.
H. Batiffol: Traité élémentaire de droit intenational privé, paris, 3 e ed, 1959, et 4 ed 1967, no 479. P. 520.
Rotbort- Bensoude: Le droit de garde des parents sur leurs enfants mineurs, thése, paris, 1963, P. 10.
J. P. Niboyet: Cours de droit international privé Français, paris 2e ed. 1949, no 599, P. 563.
G. Marty: Puissance paternale, in repertoire La paradelle-Niboyet, T.X., no 22, P. 352.

ولمزيد من التفصيلات انظر :

والقضاء المصرى إلى أن الحضانة من آثار عقد الزواج . فالحضانة مما يتعلق بالبنوة والبنوة فى حقيقتها ما هى إلا أثر من آثار الزواج، ومن ثم فمصدر الالتزام بها هو عقد الزواج، بحسبان أن الولد ناتج عن علاقة الزوجية. ولذلك أثره المباشر فى إدراج المسألة تحت طائفة الآثار الشخصية للزواج وفى تحديد القانون واجب التطبيق(١).

وقد اضطردت أحكام المحاكم المصرية على اعتبار الحضانة من آثار الزواج فى أحكام عديدة(٢) حيث قضى بأن "الحضانة عمل تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير ... والعمل لابد فيه من التعاقد ، وهذا التعاقد موجود فعلا باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الزوجية، ونتيجة من نتائج عقد الزواج الذى حصل

L. Topor: Les conflits de lois en matiere de puissance parental, Dalloz, 1971, no 232, P. 225.

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض والدكتورةسامية راشد، الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية ، ط ١٩٨٧ ص ٣١٣، والدكتور احمد مسلم، موجز القانون الدولى الخاص المقارن، طبعة بيروت، ١٩٦٦ ص ٢٢٨.

(٢) انظر أحكام محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية فى أول مايو سنة ١٩٥١ فى القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠، وفى ١٢ يونيه سنة ١٩٥١ فى القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٠، وفى ١٥ يناير سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥١ وفى ٤ مارس سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥١ ، وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٥١، وفى ١٨ مارس سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٢ . مشار إليها لدى الدكتور عز الدين عبد الله: اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد فى مواد الاحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة والعشرون ، ١٩٥٤ ص ٢٧ . وكذلك حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى مجلد ٨ لسنة ١٩٥٢ ص ١٦٥.

بينهما[١]".

والحقيقة أن القول بأن الحضانة من آثار الزواج قول منتقد إذ لا يمكننا أن نتكلم عن آثار لعقد الزواج بعد انتهاء هذا العقد بالطلاق أو التطليق ، كما أنه لا يبرر الزام غير الزوجين بالحضانة فى حالة عدم وجودهما أو عدم أهليتهما.

الاتجاه الثانى: الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج :

اتجه جانب آخر فى الفقه[٢] والقضاء إلى أن التنازع حول الحضانة لا يثور غالبا الا بمناسبة انحلال الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسمانى وبالتالى فتنظيم الإجراءات النهائية التى يجب أن تتخذ فى حالة الطلاق أو الانفصال لترتيب مسألة حضانة الطفل الشرعى أو المتبنى تنظيم ذو صلة مباشرة بهذه الحالة التى تعيشها الأسرة[٣]. ومن ثم تندرج الحضانة ضمن آثار انقضاء الزوجية بما لذلك من أثر فى التنازع الصريح للقوانين.

والحقيقة أن هذا الاتجاه فى التكييف وتحديد مصدر الالتزام بالحضانة لا يتفق مع القانون المصرى فالحضانة ولاية شرعية تستقل عن الزواج والطلاق بأحكامها فى الشريعة الإسلامية التى هى القانون واجب التطبيق فى وصف الحضانة.

---

(١) حكم محكمة الاسكندرية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٣٨ جلسة ١٩٣٨/١١/١٠ منشور فى المحاماة الشرعية السنة ١١ عدد رقم ٥ ص ٦٣.

(٢) انظر دكتور جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولى الخاص العربى، جـ٣ ص ٢١٣- ٢١٧. وفى عرض هذا الاتجاه L. Topor: op.cit. P. 178 .

(٣) إذ على المحكمة التى تفصل فى الطلاق أو الانفصال أو الجهة المنوط بها ذلك أن تأمر بأن يحفظ الأطفال لدى الوالد الملتزم بالحضانة أو لدى شخص آخر من غيرهما (المادة ٣٠٢ من القانون المدنى الفرنسى).

الاتجاه الثالث: الحضانة أثر من آثار النسب :

اتجهت آراء غالبية الفقه إلى أن الحضانة أثر من آثار النسب. فهي التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه[(١)].

فإذا كان وصف الحضانة يخضع وفقا للقاعدة العامة في التكييف القانوني للقانون المصرى ، وهو هنا الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر، فإن الرجوع إلى قواعد هذه الشريعة يكشف عن أن للأولاد ، من حيث هم كذلك حقوق وعلاقات بالوالدين تستقل بكيانها وأحكامها بصرف النظر عن العلاقات التى بين الوالدين بوصفهما زوجين أو مطلقين أو غير ذلك . بدليل أنها لا تقبل الاتفاق على مخالفة القواعد المنظمة لهـا.

وتتمثل هذه الحقوق فى حق الأولاد فى ثبوت النسب ، وفى ولاية التربية الأولى، أى الحضانة ، والحق فى النفقة ، ثم ولاية الحفظ التى تبدأ بانتهاء ولاية الحضانة.

فالحضانة إذن ليست من آثار الزواج أو آثار الطلاق ، بل هى احد آثار النسب وهى المرحلة الأولى من مراحل الولاية على

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، ط ١٩٨٦ ص ٣٣٢ وفى نفس الاتجاه : الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت: تنازع القوانين من حيث المكان، وأحكام فضه فى القانون اليمنى . دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ١٩٩٠ ص ٢٩١ والدكتور محمد كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ، ط ١٩٨٥ ص ٥٥٦ ، والدكتور بدر الدين شوقى ، من أحكام الصغير فى القانون الدولى الخاص ، دارسة مقارنة ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثانى السنة ٢٣ – ١٩٧٩ ص ٦١، ودكتور هشام على صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف، ١٩٧٤ ص ٥٦٥، والدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص ط ٥٦ – ١٩٥٧ ص ٢٤٠.

النفس[١].

والحقيقة أن هذا قول منتقد إذ النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد أو ثبوت نسبهم ولا علاقة له برعايتهم ، فقد يعهد بالحضانة لغير من ثبت الانتساب إليه لنقص الأهلية أو عدم الأمانة على المحضون . كما أن النسب لا سيما النسب الشرعي يترتب على وجود عقد زواج صحيح ، يرجح وصفه بأنه أثر من آثار الزواج[٢].

الاتجاه الرابع: الحضانة عقد إجارة :

اتجهت بعض المحاكم فى مصر إلى أن الحضانة التزام مصدره عقد منفصل عن عقد الزواج هو عقد اجارة يبرمه الأب لصالح المحضون . حيث قضت المحاكم بأن الحضانة "عقد بينهما (الأب والأم الحاضنة) ... كسائر عقود الإجارة" وأنها "عقد معاوضة وقد التزمه المتعاقدان باختيارهما ..... فلا يقبل قول من يريد فسخ هذا العقد..........."[٣].

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله : اتجاهات القضاء فى تطبيق قاعدة الإسناد، مرجع سبق ذكره ص ٨١-٨٢.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٨٧٨ حيث يقول أن رابطة الزوجية هى الشرارة التى ينطلق منها التفكير فى ثبوت شرعية النسب الى أطرافها . والنسب الشرعى بتعريفه هو الذى يبنى على وجود عقد زواج ، فهو يرتبط به ، ويعتبر أثراً من آثاره.

(٣) انظر حكم محكمة المنصورة الكلية فى القضية رقم ١١٠ لسنة ١٩٣٣ بجلسة ١٩٣٤/٢/٩ – منشور بالمحاماة الشرعية – العدد الخامس ص ٥٦٠ وحكمها بنفس الجلسة فى القضية رقم ٩١٠ لسنة ١٩٣٢ منشور بنفس الموضع. وكذلك حكم محكمة دشنا فى القضية رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٣٣ – المحاماة الشرعية – العدد السادس – ص ٧٧٠.

الاتجاه الخامس: الحضانة من الولاية على المال:

اتجه رأى ضعيف فى الفقه[(١)] تسانده بعض أحكام القضاء[(٢)] إلى أن الحضانة من الولاية على المال وتأخذ حكمها[(٣)].

والحقيقة أن هذا الرأى أكثر الآراء بعدا عن الصواب إذ المقصود من الولاية على النفس – فى الشريعة الإسلامية باعتبارها النظام العام للأحوال الشخصية فى مصر والدول الإسلامية – ضم الطفل الذى انتهت حضانته إلى من له الولاية على نفسه بهدف إتمام تربيته والعمل على حفظه وصيانته عن سبل الشر .

هذا بينما يراد بالولاية على المال حفظ مال الصغير وإنمائه، وهو ما يتطلب فى الولى ، بالإضافة إلى الشفقة ، القدرة على التصرف فى الأمور المالية ومن ثم فقد تنعقد الولاية على النفس والمال لشخص واحد أو لأكثر من شخص.

رأينا فى السبب المنشئ للالتزام بالحضانة وأثره فى تنازع القوانين:

إذ انتهينا إلى أن الحضانة التزام على الحاضن تجاه

---

(١) انظر رأى بارتان فى مؤلفه :
Principes de droit international privé selon la loi et le jurisprudence Françaises, paris, T. II, 1932, P. 312.

(٢) انظر حكم محكمة القاهرة للأحوال الشخصية فى الدعوى رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٠ وأحكام اخرى مشار إليها لدى الدكتور عز الدين عبد الله. اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد، ص ٧٦- ٧٦.

(٣) إذا كان للصغير مال احتاج إلى من يقوم بحفظه وصيانته واستثماره ويسمى هذا بالولى الشرعى على الصغيروالأب مقدم فى هذه الولاية على غيره باتفاق المذاهب. انظر نص المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باحكام الولاية على المال. فى شرح هذه المسألة . انظر الدكتور بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون ، ط ١٩٨١، ص ١٦٣ ومابعدها.

المحضون وكان اختيار عقد الزواج وآثاره الشخصية والنهائية قد فشل فى تقديم مبرر لهذا الالتزام ، وكانت الاسباب القانونية للالتزام لا تخرج عن المصادر الخمس المعروفة فى التقنينات الحديثة للقانون المدنى ألا وهى العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون (المادة ٢٩٨ من القانون المدنى المصرى).

فان معنى هذا أن السبب المنشىء لالتزام الحاضن لا يخرج عن أن يكون هو أحد المصادر الاربعة الأخيرة، فإذا كانت الإرادة المنفردة والسبب غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر غير متصورة لتبرير الالتزام بالحضانة ، فإننا نرجح أن مصدر الالتزام بالحضانة هو الشرع والقانون ذاته .

فالشرع والقانون هو المصدر المباشر للالتزام بالحضانة، فينشئه بنص خاص يحدد نطاقه ، ويرسم مداه، ويرتب عليه حكمه، بصرف النظر عن أى عمل قانونى كعقد الزواج أو عمل مادى كواقعة الميلاد أو ما يترتب عليها من نسب .

وحجتنا فى ذلك "أنه حيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة، فلا مبرر لوجوده سوى القانون"[١].

فالالتزام بالحضانة من ضمن الالتزامات التى يرسم المشرع حدودها فى نطاق الأسرة وأفرادها[٢]. فقد أنشأ المشرع التزامات

---

(١) انظر الدكتور عبد الرازق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الثانى، الطبعة الثالثة ١٩٨١، ص ١٧٧٤.

(٢) قسم فقهاء القانون الالتزامات القانونية إلى التزامات تستند إلى الوقائع المادية والتزامات تستند إلى الإرادة المنفردة ، وقسموا الأولى إلى التزامات سلبية هى عدم الإضرار بالغير دون حق وعدم الاثراء على حساب الغير دون سبب والتزامات ايجابية إلا أنها غير عامة بل مخصصة بنصوص خاصة تنشىء

قانونيـة مختلفـة منهـا التزامـات الزوجيـة، والالتزامـات المتعلقـة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزامات بالنفقة وغير ذلك من التزامـات الأسـرة، وكلهـا تقـوم علـى التضامن الواجب فيمـا بـين أفرادها[١]، ولاعتبارات ترجع للعدالة والتنظيم الاجتماعى[٢].

وعلـى ذلك فإن النص الشرعى أو القانون هو الذى يحدد أركان الحضانة وكل ما يتعلق بها من أحكام[٣].

ويستخلص من ذلك أنه يرجع فـى تعيين أركـان الالتزام بالحضانة وأحكامه فـى مصر ، إلـى قوانين الأحوال الشخصية وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية التى تبين أن الالتزام بالحضانة التزام بعمل متمثل فى التربية ، والحفظ للمحضون ، وأنه التزام غير قابل لإسقاطه أو الاتفاق على التنـازل عنه. وهو التزام لا يتحرك إلا بتحرك سببه أو نشأة المركز القانونى للطفل المحتاج إلى الحضانة والرعاية أو إلى أن يوضع تحت ولاية الحاضن بما يترتب علـى ذلك للحاضـن مـن سلطة علـى المحضون وحقـوق للمحضون تجاه مـن أعطيت لـه هذه الولايـة فـى الحـدود التـى يرسمها المشرع والقانون الوطنى للقاضى.

الالتزام بمساعدة الغير فى نطاق ضيق. انظر الدكتور عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق .

(١) المرجع السابق ، ص ١٧٥٥.

(٢) المرجع السابق ، المجلد الأول، ص ١٥٢.

(٣) فإذا كان الالتزام القانونى كسائر الالتزامات رابطة بين دائن ومدين، وتقوم على محل مستوف لشرائطه، وكان القانون هو الذى يعين هذا المحل، إعطاء كان أو عملا أو امتناعا عن عمل كان واضحا ومبرراً التزام الحاضن بالحضانة كمدين بها وحق الصغير فى استيفاء حقه كدائن فى هذه الرابطة . انظر الدكتور السنهورى ، المرجع السابق ص ١٧٩٢- ١٧٩٣.

ويحقق لنا هذا الوصف القانونى مزايا عديدة لاسيما فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى :

١ - إذ يتفق هذا الوصف مع التعريف الذى انتهينا إليه للحضانة باعتبار أنها ولاية من الولايات الشرعية والقانونية ، فليس الصغير ملكا لأبيه، ولا هو الذى أودعه يد حاضنته بل الشرع هو الذى سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة أى شخص آخر بل للصالح العام.

٢ - كما أن لذلك الوصف أثره فى تحديد شروط أهلية تولى هذه الولاية ومدى تعلقها بالنظام العام فى القانون الوطنى للقاضى على النحو الذى سنعرض له تفصيلا فى الفصل الثانى.

٣ - كما أن لتعلق الحضانة بالشرع والقانون ما يضفى عليها الطابع الأمر ومن ثم تعلقها بالنظام العام فى قانون القاضى الذى يعرض عليه النزاع بما لذلك من آثاره المحتملة لتغيير الاختصاص التشريعى وتطبيق القاضى لقانونه الوطنى للفصل فى النزاع على النحو الذى سنعرض له تفصيلا فى الفصل الثالث .

٤ - كما أن هذا الوصف أشمل من الوصف العقدى الذى لا يقدم تبريرا لكيفية استفادة المحضون من عقد عمل – على حد تعبير المحاكم المصرية – هو ليس طرفا فيه، ولا تبريرا لإجبار الحاضن على الحضانة ولو بدون أجرة للحضانة ، حتى لو أرادت التخلى عنها. ولا يقدم كذلك تبريرا لكيفية انعقاد هذا العقد وكيف اجتمعت إرادة الحاضن والأب.

٥ - كما أن هذا الوصف يبرر التزام الحاضن سواء كان الطفل

ابنا شرعيا أو غير شرعى أو حتى ابنا بالتبنى فى النظم القانونية الأجنبية التى تجيز التبنى.

٦ - كما يبرر هذا الوصف التزام غير الأم بحضانة المحضون، على خلاف من رأى أن الحضانة من آثار الزواج إذ أن الآثار الشخصية للزواج لا تمتد إلى غير والد المحضون ولا تشمل أصولهما من أم الأم وأم الأب .

٧ - كما يبرر هذا الوصف التزام الحاضن بالحضانة وقد انقضت الزوجية بانفصال والدى الطفل وانقضاء عدة أمه من أبيه. ذلك أن الالتزام القانونى لا يتوقف على وجود عقد ولا يرتبط بآثار عقد بل ينشأ بمجرد تحرك سببه .

ولكن هل يختلف الوصف القانونى المستمد من الشريعة الإسلامية مع تكييف الحضانة فى القوانين الأجنبية؟

ولا يختلف تكييف الحضانة على النحو السابق باختلاف النظم القانونية ذلك أنه لا يوجد اختلاف فى الفكر القانونى بشأن هذه المسألة، إذ لا يتصور أن تراعى القوانين المختلفة مصالح متباينة من ذات المركز القانونى المتعلق بالحضانة ، لاسيما وقد لاحظنا التقارب فى تعريف الحضانة فى الاصطلاح الفقهى والشريعة الإسلامية (القانون المصرى للاحوال الشخصية) والقوانين العربية والأجنبية، فضلا عن أن الهدف النهائى للقوانين المشار إليها هو حفظ الصغير وتربيته ورعايته وتحقيق صالحه سواء كان ذكرا أو أنثى، وسواء كانت الحضانة من الابوين أو غيرهما[١].

---

(١) ومن ثم فهى تشمل اللقيط ومن فى حكمه.

وبالتالى فوجهة نظرنا هذه ليست مقصورة على الحضانـة فـى القانون المصرى . ففـى المملكـة المتحدة يقرر قـانون الطفل الصادر سنة ١٩٨٩(١) أنـه عندما يكون الوالدين متزوجين وقت ميلاد الطفل فإنهما يلزمان معا بالمسئولية عن طفلهما اما إذا لم يكونوا متزوجين فتلزم الأم بالمسئولية عن الطفل .

كما تنص المادة 61.13.2 B/1,2 من مجموعة ولاية فلوريدا على أن القانون العام للولاية هو الذى يضمن أن يحظى كل طفل قاصر برعاية مستمرة من والديه عقب انفصالهما.

كما تنص المادة (C.27, 60/B) من قانون الأسرة الاسترالى على أن للأطفال الحق فى أن يعتنى بهم آبائهم بصرف النظر عن كونهما أزواج أو مطلقين أو حتى لم يسبق لهما الزواج مطلقا أو لم يسبق لهما العيش معا.

وعلى ذلك فإن على الأم حضانة طفلها إلى أن يبلغ سنا معينا يستغنى فيه عن خدمتها حتى ولو لم يرض الأب بذلك ، باعتبار انها مسلطة على هذا العمل من قبل الشارع(٢) .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "الأصل فى تشريع الحضانة هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة إلى جناحها بأعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته .. فمدار "الحضانة على نفع المحضون" ، "ورعايته مقدمه على أية مصلحة لغيره" ، "ولولى الأمر بالتالى أن يقدر ما يراه خيرا

---

(١) Childern Act. 1989, C. 41, S. 2.

(٢) انظر حكم محكمة الإسكندرية فى القضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٣٨ جلسة ١٩٣٨/١١/١٠ منشور بالمحاماة الشرعية السنة ١١ عدد رقم ٥ ص ٦٣.

للصغير وأصلح له بمراعاة أن حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها"[١].

اختلاف تكييف الحضانة عن حفظ الصغير:

تختلف الحضانة عن حفظ الصغير فى يد الحاضنة بعد أقصى سن للحضانة. فالحضانة مقررة بالقانون وأساسها الصغر أو ما فى حكمه . والحفظ يتقرر بحكم القاضى وأساسه المصلحة التى تقتضى ذلك .. ويترتب على هذا الاختلاف فى الطبيعة القانونية عدة نتائج :

- فهذا يقتضى إثبات أن مصلحة الصغير تقتضى بقاءه فى يد ممن يطلب الحفظ ، ويقع عبء الإثبات على من يطلب حفظ الصغير بعد أقصى سن الحضانة.
- كما أن إبقاء الصغير فى يد حاضنته لحفظه يكون دون أجر لهذا الحفظ فالإبقاء ليس حضانة. ومن ثم فلا التزام على الأب نحو الحاضنة لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ، ويقع عليها عبء إسكان أولادها معها السكن المناسب مقابل أجر سكن من مالهم إن كان لهم مال أو من مال من تجب عليه نفقتهم.

---

(١) انظر القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية – دستورية بحكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٩٣. مج أحكام المحكمة الدستورية جـ/٥ مجلد/٢ ص ٢٦٠-٢٩٠ المبادىء ١٠،١١،١٢،١٣.

المطلب الثانى
القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأهلية للحضانة

الأهلية هى اجتماع الشروط اللازمة للتمكن من استعمال أى حق من الحقوق، ولأجل استكمال تلك الشروط لابد من بلوغ السن التى يحددها القانون فضلا عن كون الإنسان من الجنس الذى يتطلبه القانون وسلامة العقل من الآفات التى تعرض له. وهى مسائل تختلف من قانون إلى آخر حيث قد يكون الشخص أهل للحضانة فى قانون دولة ثم يصير غير أهل لها فى دولة أخرى ومن هو فى سن الحضانة فى دولة قد يتخطاها فى دولة أخرى ومن هنا كان من الضرورى البحث عن القانون الذى تتحدد وفقا له أهلية الحاضن والمحضون فى العلاقات ذات الطابع الدولى وهو ما نعرض له فيمايلى :

الفرع الأول
القانون واجب التطبيق لتحديد الأهلية للحضانة

للأهلية أنواع مختلفة فمنها الأهلية العامة للإنسان والأهلية للزواج والأهلية للتجارة، والقاعدة العامة أن الأهلية العامة للإنسان من شأن قانون الأحوال الشخصية التابع له الشخص حيث يبين نطاق وحدود ما يمكن للشخص أن يدخل فيه من علاقات أو ما يكتسبه من حقوق ويلتزم به من التزامات.

وفى ضوء أن الأهلية أنواع مختلفة نتساءل عن نوع الأهلية الواجب توافرها فى الحاضن والمحضون . ومن ثم يتضح القانون

واجب التطبيق عليها من خلال تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة.

القانون واجب التطبيق على أهلية الحاضن:

لما كانت الحضانة ولاية من الولايات الشرعية المقررة بنص القانون فإن تولى هذه الولاية يقتضى فيمن يتولاها الصلاحية للتحمل بالواجبات اللازم القيام بها لتربية وتنشئة المحضون والتمتع بالحقوق التى تخولها للحاضن على المحضون أو ما يطلق عليه الأهلية(١) فى الاصطلاح القانونى .

والأهلية بهذا المعنى تختلف عن ولاية الحضانة ذاتها، إذ الأولى شرط للتمكن من تولى الثانية، ومن ثم فهى واجبة فى الحاضن سواء كانت أما للمحضون أم لم تكن(٢). بلا خلاف فى ذلك فى الشرائع الدينية والقوانين الوضعية عامة.

أ - نوع وطبيعة أهلية الحاضن للحضانة :

إن تحديد ما يعد من الأهلية هو مسألة تكييف يرجع بشأنها إلى قانون القاضى(٣). أى القانون المصرى فى المنازعات التى تعرض على القضاء المصرى . إلا أن هذا القانون لم يتضمن تحديداً واضحا لنوع الأهلية اللازمة للحضانة ومن ثم فليس أمامنا إلا الرجوع للقواعد العامة فى هذا الشأن.

إذ يتخذ المشرع المصرى شأنه شأن غيره ، من درجة

---

(١) ذلك أن الأهلية صلاحية الشخص لمباشرة التصرف بنفسه لحساب نفسه أما الولاية فهى صلاحية الشخص لمباشرة التصرف أو السلطة لحساب غيره أو على غيره .

(٢) انظر الشيخ أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٤ والدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ، ص ٦٨.

(٣) دكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع ، ص ٧٢٠.

تمييز الإنسان أساساً يعتمد عليه قانوناً فى تقرير صلاحيته من عدمها لتولى الولايات بما فى ذلك تولى الحضانة.

فإذا كان فاقد التمييز فى نظر القانون يعتبر عديم الأهلية، وناقص التمييز ناقص الأهلية فإن من اكتمل تمييزه يكون كامل الأهلية[١].

ويتأثر تمييز الإنسان بسنه وبعوارض الجنون والعته والغفلة والسفه وغيرها من عوارض الأهلية ، ولذا فلا تكتمل أهلية الحاضنة إلا أن تكون بالغة عاقلة، وهو شرط بديهى لأن غير البالغة تحتاج إلى من يرعاها ويقوم على شئونها ، فلا يتصور أن تقوم هى على شئون غيرها، ومن باب أولى ينبغى أن تكون عاقلة[٢]، فلا يسلم المحضون إلى مجنون أو معتوه لان كليهما لا يستطيع تدبير شئون نفسه فلا يفوض له بتدبير شئون غيره. فلا تكليف على فاقد العقل، وحقوق الله تعالى وحقوق الأفراد على اختلاف أنواعها ، لا تطلب إلا ممن له أهلية إذ لا تكليف إلا لبالغ عاقل، وفى هذا وعلى سبيل المثال تنص المادة ٢/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقى على أنه يشترط فى الحاضن البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على الحضانة[٣].

---

(١) انظر دكتور بدر الدين عبد المنعم شوقى، الحماية المقررة لتصرفات القاصر المالية فى ضوء الفقه الإسلامى والقانون الدولى الخاص ، ط ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م ص ١١.

(٢) انظر دكتور يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٥٠٧ ، والدكتور رشدى شحاته ، فى تأييد اشتراط البلوغ فى الحاضنة، المرجع السابق، ص ١٦٤- ١٧٤ .

(٣) انظر دكتورة ليلى عبد الله سعيد ، حقوق الطفل فى محيط الأسرة ، مجلة الحقوق ، الكويت، العدد الثالث ، ١٩٨٤ ، ص ٢٣٧.

والحقيقة أنه وإن كانت الأهلية العامة اللازمة ليتمتع الإنسان بالحقوق والتحمل بالالتزامات تكفى فى هذا الشأن الا أننا نرى أن هذا النوع من الأهلية ليس هو المطلوب لتولى الحضانة.

إذ يلاحظ أن المشرع المصرى فرق بين الأهلية العامة للإنسان والأهلية الخاصة بالزواج ، وكليهما يختلف عن الآخر ، فبينما تكتمل الأهلية العامة ببلوغ سن الرشد(١) المحددة بإحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة دون عارض من عوارض الأهلية، (المادة ١،٢/٤٤ من القانون المدنى المصرى) تكتمل الأهلية اللازمة للزواج ببلوغ سن الزواج حيث لا يشترط سوى استيفاء الزوجة ستة عشرة سنة والزوج ثمانى عشرة سنة تحسب بالسنة الهلالية (المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ بلائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١) وهو بذلك يعتمد سن لاكتمال الأهلية تقترب من سن الزواج التى اعتمدها المشرع الفرنسى الذى جعلها ثمانية عشر سنة للفتى وخمسة عشر سنة للفتاة.

والراجح لدينا أن الأهلية للحضانة هى النوع الأخير من الأهلية أى أهلية الزواج ويؤيدنا فى ذلك :

- أن الحضانة من الالتزامات الأسرية المرتبطة بتكوين الأسرة.
- أن كلمة الفقهاء قد اتفقت على أن الشريعة الإسلامية قد جعلت مناط التكليف بالبلوغ(٢) الذى به تنتهى الولاية على النفس(٣)

---

(١) الرشد فى اللغة مصدر يرشد بفتح الراء والشين بمعنى اهتدى والراشد هو المستقيم على طريق الحق مع تصلب فيه، انظر الصحاح جـ/٢ ص ٤٧٢.

(٢) سواء أكان بالسن أم بالعلامات .

(٣) الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الإسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٣ ، السنة الأولى، مايو ١٩٣١ ، ص ٣٦٥.

وتبدأ الصلاحية لتولى الولايات والبلوغ على أشهر الأقوال عند الأحناف ببلوغ الخامسة عشر للذكر والأنثى(١) سواء فى ذلك المسلمين المقيمين فى الدولة الإسلامية والمسلمين المقيمين فى الدول الأجنبية بالنظر إلى أن أحكام الإسلام لها صفة شخصية فتطبق على المسلم فى دار الإسلام وخارجها، وكذا غير المسلمين من مختلفى الملة والطائفة(٢).

- أن المشرع المصرى أجاز تطبيق نص المادة ١٢٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس التى اشترطت فى الحاضنة "أن تكون قد تجاوزت سن السادسة عشرة وفى الحاضن أن يكون قد تجاوز سن الثامنة عشرة"(٣). وإذ أن النظام القانونى المصرى نظام مركب فإن هذا النص يعد جزءاً منه ويمكن الاستدلال به على الاتجاه العام للمشرع ولاسيما أنه يتفق مع الشرع الإسلامى

---

(١) الشيخ محمد الزفزاق ، محاضرات فى الولاية، جامعة القاهرة، ١٩٦٤ ص ١٦٦ ومابعدها.

(٢) ذلك أن المسلم أيا كان مكان إقامته هو مواطن من مواطنى وشعب الدولة الإسلامية، بما يترتب على ذلك من آثار . انظر فى هذا المعنى الدكتور عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام ، مؤسسة الرسالة، ص ٥٢ . حيث يلزم من ذلك أن يعامل المسلم المقيم فى الدول الأجنبية معاملة المسلمين إذا دخل دار الإسلام . تلك الدار التى تظل على اختلاف تقسيماتها الجغرافية داراً واحدة يحكمها قانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، انظر الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت ، أحكام تنظيم الرعوية فى القانون المقارن والقانون اليمنى ، ط ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ ص ١١٥ ، والدكتور محمد ضياء الريس ، النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث ١٩٧٩ ص ٣٨٢ - ٣٨٥ ، والدكتور صوفى أبو طالب ، تاريخ القانون فى مصر، جـ٢ العصـــر الإسلامى ، مركز جامعة القاهرة للطباعة، ١٩٩٦ ص ٥٠، وانظر حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ق أ.ش. جلسة ١٩٨٥/١١/٢٦ منشور فى مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ – ١٩٨٥ – المجلد الأول – الجزء الأول ، المبدأ ٤٥٨ ص ٢٩١.

(٣) اللائحة التى أقرها المجلس الملى فى ١٩٣٨/٥/٩.

الحنيف.

وغير خفى أن سن الرشد وسن الأهلية للزواج ومن ثم الأهلية للحضانة تختلف من دولة إلى أخرى. وهو ما يقتضى أن نبحث عن القانون واجب التطبيق فى العلاقة المعروضة لتحديد السن اللازمة للزواج والشروط المتطلبة فى الزوجة - الحاضن.

ب - تحديد القانون الذى يحكم أهلية الحاضن للحضانة :

لما كانت الحضانة علاقة قانونية بين الحاضن والمحضون وكانت الأهلية للحضانة ليست هى الأهلية العامة للإنسان فإن القانون واجب التطبيق لبيانها ليس هو القانون الشخصى الذى تشير إليه المادة ١١ من القانون المدنى المصرى أو المادة ٣ من القانون المدنـــى الفرنسى ، نقصد قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته. وإنما هو القانون الذى يحكم الأهلية اللازمة للزواج.

وإذ لا توجد قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الذى يحكم السن اللازمة للزواج فإننا والحال كذلك نرجع إلى اجتهادات الفقه فى تحديد قاعدة الإسناد المناسبة فى ضوء ما يجرى عليه العمل فى النظم القانونية الأجنبية .

ولا تتفق النظم القانونية المقارنة على ضابط واحد للإسناد: ففى الولايات المتحدة الأمريكية(١) واستراليا(٢) يجرى العمل على

---

(١) انظر :

A.K. Kuhn: Comparative commentaries on private international law, 2 nd ed., Fred Rothman, Colorado, 1981,P. 125.

(٢) انظر:

P.E. Nygh: Conflict Of Laws in Australia, 3rd ed. Butterworths, Sydney, 1976., P. 289.

تطبيق قانون محل إبرام الزواج ، أى إشهاره، على الأهلية للزواج.

أما فى إنجلترا فتخضع الأهلية للزواج لقانون الموطن السابق على الزواج لكل من الزوجين[(١)]. وهو ذات الحل الذى أخذ به صراحة القانون البيرونى الصادر عام ١٩٨٤ حيث قرر أن "الأهلية لعقد الزواج .. يحكمها بالنسبة لكل متعاقد قوانين موطنه".

أما فى البقية الغالبة من قوانين العالم ، فتخضع لقانون الدولة التى ينتمى إليها كل طرف بجنسيته .

ومن ذلك المادة ٣ من القانون المدنى الفرنسى[(٢)] حيث استقر القضاء الفرنسى على أن اكتمال الأهلية للزواج من الشروط الموضوعية التى تتصل بالقواعد القانونية الآمرة، ومن ثم تخضع بالضرورة للقانون الفرنسى بالنسبة للفرنسيين[(٣)] كما حكم بإخضاع أهلية الزواج لزوجين اسبانيين متواطنين فى فرنسا للقانون

---

(١) انظر:
P.M. North: The private itnernational law of matrimonial cases in the British Islands and the Republic of Irland, ed. N. H.P.C., Oxford, 1977 P.120.

وكذلك :
K. Wolff: Private international law, 2 nd ed. 1950, No 369, P. 391.

وجدير بالذكر أنه متى كان ضابط قاعدة الإسناد فى القانون الإنجليزى هو الموطن، التزم القاضى المصرى تصوير الموطن ومعناه وفقا للقانون الانجليزى لأن الموطن فى هذه الحالة هو ضابط للإسناد الداخلى فى القانون الأجنبى واجب التطبيق . انظر الخلاف الفقهى فى هذه المسألة. الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، الجزء الأول ، فقرة ١٥١ ومابعدها، وكذلك اتجاهات القضاء، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨ ومابعدها.

(٢) الصادر فى ١٩٧٥/٧/١١ منشور فى J.CL. Fasc. Dr. 546 .

(٣) انظر عدد من هذه الأحكام التى صدرت بدءا من عام ١٨٨١ منشور فى:
Juris. CL.Dr. 546 A., No. 71.

الأسبانى[١].

وقد أخذ بذات القاعدة المشرع التركى فى المادة ١٢ من القانون الدولى الخاص الصادر عام ١٩٨٢[٢] حيث نصت على أن "الأهلية .. يحكمها بالنسبة لكل طرف قانونه الوطنى لحظة عقد الزواج". وفى نفس الاتجاه اتجه المشرع البولندى فى المادة ١/١٤ من القانون المدنى الصادر عام ١٩٦٥، والمشرع المجرى فى مجموعة القانون الدولى الخاص الصادرة عام ١٩٧٥ والمشرع الألمانى فى المادة ١٣ من القانون الدولى الخاص الصادر سنة ١٩٨٦[٣].

ويستخلص من النصوص السابقة أن هناك اتجاه غالب إلى أن الأهلية للزواج تعد من الشروط الموضوعية للزواج وتخضع للقانون الذى يحكم تلك الشروط، وهو قانون كل من الزوجين.[٤] بالنظر إلى أن الأمر يتعلق بحماية إرادة الزوجين فى مباشرة الزواج وما يترتب عليه من آثار والتزامات.

ولذلك فقد اتجهت آراء الكثيرين فى الفقه المصرى إلى أن الأهلية للزواج، والحضانة، تدخل تحت نص المادة ١٢ من القانون

---

(١) انظر حكم محكمة باريس فى ١٣ يونيو ١٨١٤ فى قضية Busquetá الاسبانى الجنسية والتعليق عليها فى :
Grands Arêets de la jurisprudence Francaise de droit international prive, 1998, P.3-9 Spec. P. 3-4.

(٢) منشور فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٨٣ ، ص ١٤٣.

(٣) منشور بالمجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ، ١٩٨٧ ، العدد الأول ص ١٩٨.

(٤) انظر:
H.P. Glenn: La capacité de la personne en droit international privé Francais et Englais, Thése, Paris, ed, Dalloz 1975, P. 266.

المدنى التى تنص على أنه "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"(١) باعتباره حكم يمليه مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذى تعترف به الشريعة الإسلامية فى الحدود التى بينها فقهاؤها.(٢)

ثانيا : القانون واجب التطبيق على أهلية المحضون:

كما لم يتضمن التشريع المصرى تحديدا واضحا صريحا بشأن أهلية الحاضن لم يتضمن كذلك تحديدا مباشرا لأهلية المحضون ولا القانون واجب التطبيق عليها.

١ - نوع وطبيعة أهلية المحضون للحضانة :

الحضانة على ما سلف البيان ، نظام قانونى يهدف إلى حفظ المحضون ورعايته ، وهى بهذه المثابة حقا له وثبوتها له يقتضى أن يكون صالحاً لها ، أى أهل لأن يدخل تحت ولاية الحاضن ، فما هى أهلية المحضون لاكتساب هذا الحق؟.

من المؤكد أن الأهلية المتطلبة فى المحضون ليست هى الأهلية العامة للإنسان والا ما كان بحاجة لأن يوضع تحت ولاية غيره ولا هى الأهلية للزواج ، وإلا كان صالحا لأن يتولى الولاية

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ/١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ودكتور فؤاد رياض ودكتورة سامية راشد، الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى ، دار النهضة العربية، ط ١٩٧٩ ، ص ٢٧٤ ، ودكتور هشام صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية ص ٣٧٧ - ٣٨١ ودكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى تنازع القوانين ، دار المعارف ط ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ١٨٢.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع .... ، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٥.

على غيره، ومن ثم فهى اهلية الوجوب، تلك التى تلزم لوجوب الحقوق المشروعة للإنسان، والتى مناطها الحياة، أى تثبت لكل إنسان حى، ويتساوى فيها جميع الأشخاص[١] ولاشك أن صلاحية الطفل للحضانة، تنتهى ببلوغ سن معينة يستغنى فيه عن الحضانة، وهى تختلف من دولة إلى أخرى ومن ثم كان ضروريا البحث عن القانون الذى يحكم هذه المسألة.

٢ - تحديد القانون الذى يحكم أهلية المحضون :

اختلف الشراح بشأن القانون واجب التطبيق على أهلية وجوب (المحضون) الأجنبى ، وهو ما يمكن إجماله فى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول : إخضاع أهلية المحضون لقانون القاضى :

يرى البعض أن أهلية وجوب الإنسان ، بصفة عامة، تخضع للقانون الإقليمى بصفة مطلقة . فتحديد تمتع الأجنبى بحق ما من عدمه أمر تقدره الدولة المراد التمتع بالحق فيها، لا يشاركها فى تقديره أى قانون أجنبى[٢].

ومن ثم فالتمتع بالحقوق المدنية على الإقليم المصرى يخضع لأحكام القانون المصرى[٣] وهو ما يؤيده المشرع

---

(١) انظر فى هذا المعنى الشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٦- ٣٥٧ والدكتور بدر عبد المنعم ، مرجع سبق ذكره، ص ٥١.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، أصول القانون الدولى الخاص، ط ١٩٣٦ ، ص ٢٦٢ ، والدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص، الطبعة السادسة، جـ١ ص ٤٧٢.

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، جزء ثان، ص ٢٤٢ ، وراجع رأى الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٧١٨.

السويسرى بشأن التمتع بالحقوق لمدنية فى سويسرا بنص المادة ١/٣٤ من مجموعة القانون الدولى الخاص السويسرى.[١]

ومن ثم فأهلية الصغير للحضانة تخضع لقانون القاضى فى الدولة التى يطلب فيها حضانته.

الاتجاه الثانى: إخضاع أهلية المحضون لقانون القاضى والقانون المنظم لشروط الحضانة معا :

يرى البعض الآخر أن أهلية الوجوب بصفة عامة تخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على إقليمها فضلا عن خضوعها للقانون الذى يحكم نشأة الحق ذاته[٢]، ومن ثم فإن أهلية المحضون للحضانة يجب أن تخضع لكل من قانون القاضى والقانون الذى يحكم شروط الحضانة ذاتها .

الاتجاه الثالث : اخضاع أهلية المحضون لقانون جنسيته :

يرى رأى ثالث أن أهلية وجوب الإنسان تخضع للقانون الذى يحكم أهليته العامة ، أى لقانون جنسيته بلا استثناء. ومن النظم القانونية التى تبنت هذا الاتجاه نذكر كل من القانون الدولى الخاص المجرى[٣] حيث نصت المادة ١/١٠ على أن "تخضع أهلية وجوب وأداء الشخص ، لقانونه الشخصى" وكذلك نص المادة ١/٨ من القانون الدولى الخاص التركى[٤] والمادة ١/٧ من القانون

---

(١) الصادر عام ١٩٨٧.

(٢) انظر دكتور فؤاد رياض ودكتورة سامية راشد، المرجع السابق ، ص ٣٣٢.

(٣) النافذ من أول يوليو ١٩٧٩، منشور فى :
Rev. Crit. Dr. int. pr., 1980, No., I.P. 160-176.

(٤) الصادر سنة ١٩٨٢ منشور فى Rev. Crit., 1983, No.I., P. 143.

الدولى الخاص الألمانى[١] .

ومعنى هذا أن أهلية المحضون وسن حضانته يتحددان وفق قانون جنسية الصغير باعتباره المستفيد من الحضانة. فضلا عن أن عدم اكتمال أهليته، سواء بسبب السن أو القصور العقلى ، مما يؤثر فى حالته ووضعه تحت ولاية الحاضن.

الاتجاه الرابع : التفرقة بين ما إذا كانت حضانة الصغير فى مصر أم فى الخارج :

يفرق رأى رابع بين ما اذا كان الحق سيتم اكتسابه فى مصر فيطبق على أهلية الوجوب القانون المصرى باعتباره القانون الإقليمى ، وما اذا كان سيتم التمتع به فى الخارج فينطبق على أهلية تمتعه بهذا الحق قانون جنسيته[٢]، وبالتالى يتم تحديد سن الحضانة أو الأهلية للحضانة وفقا للقانون المصرى إذا ما كانت ستثبت للصغير أثناء وجوده فى مصر، أما اذا كانت ستثبت لـه خارج مصر فيطبق القاضى المصرى قانون جنسية الصغير لتحديد سن حضانة الأخير أو أهليته للحضانة.

الموازنة بين الاتجاهات الفقهية والتشريعية بشأن القانون واجب التطبيق لتحديد أهلية وجوب المحضون :

يتجه الرأى الراجح فى الفقه المصرى والفرنسى إلى أن القانون الذى يحكم أهلية التمتع بالحق يختلف بحسب الفكرة المسندة التى يندرج تحتها الحق الذى يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع

---

(١) الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٦ المنشور فى Rev. Crit., 1987, No.I., P. 143

(٢) انظر دكتور جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولى الخاص العربى، طبعة معهد الدراسات العربية ، جـ٣ ، القسم الأول، ص ٢٥٨- ٢٦٠.

به من عدمه.[١]

ومعنى هذا أن حق الصغير فى الحضانة وتحديد سن الحضانة يدخل تحت فكرة الحضانة ومن ثم يحكمها القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للحضانة.

والحقيقة أن هذا الرأى الأخير قد يكون أجدر بالتأييد على أن هذا لا يتأتى الا فى حدود الشرط الذى اشترطه القائلين به من وجوب الرجوع بصفة أولية للقواعد الخاصة بمدى تمتع الأجانب بالحقوق فى مصر ، لأنه اذا حرم الأجنبى من التمتع بحق معين فى مصر فليس ثمة مجال لأعمال قاعدة الإسناد الخاصة بهذا الحق أساسا.

ولاشك أن القانون المصرى وقوانين كل الدول العربية والإسلامية بل والأوربية تعترف للطفل بالحق فى الحضانة.

ثالثا : الصعوبات التى يصطدم بها تطبيق قانون الجنسية لتحديد الأهلية للحضانة:

يصطدم إخضاع مسألة الصلاحية للحضانة للقانون الوطنى للدولة التى تحمل الحاضنة أو الحاضن جنسيتها بصعوبات فى

---

(١) انظر دكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨-٢٤٩ ، ودكتور هشام صادق، المرجع السابق ص ٥٨٨، ودكتور بدر عبد المنعم ، المرجع السابق، ص ١٧ .
وفى الفقه الفرنسى انظر :
J.P. Niboyet: Traité de droit international privé Francais, Paris, T.V, 1948, N. 1531 P. 500.

وكذلك :
P. Lerebours- Pigeonniére: Précis de droit international privé, Paris, Dolloz, 1962, No. 470.

حالات اختلاف جنسية والدا المحضون عن جنسية الطفل الذى يحمل الجنسية الوطنية أو عدم وجود جنسية يعتد بها قانونا أو تعدد الجنسيات التى يحملها الشخص المطلوب معرفة صلاحيته للحضانة.

١ – اختلاف جنسية والدا المحضون الوطنى الجنسية:

قد يكون والدا المحضون أجنبيين بينما هو يحمل الجنسية الوطنية فهل لذلك من أثر على الأهلية للحضانة؟ لم يتضمن القانون المصرى نص فى هذا الشأن إلا أن الشريعة الإسلامية الشريعة العامة للأحوال الشخصية فى مصر لا تخلو من حكم هذه المسألة التى يمكن أن تطرح فى الفروض الآتية :

الفرض الأول : تعلق الأهلية بحاضنة أجنبية وأب أجنبى (غير مسلمين):

يرى فقهاء الأحناف أن الأجنبى (المستأمن) غير المسلم لا يختلف عن الذمى فيما يتعلق بالأهلية للحضانة.

فالأصل – عندهم – أن المستأمن كالذمى فى دار الإسلام. وبنوا على ذلك أن للأم الحاضنة ، التى وقعت الفرقة بينها وبين زوجها الأجنبى ، الحق فى الخروج بولدها إلى وطنها أو إلى الدولة الأجنبية التى جرى فيها عقد النكاح[١]. مما يدل على إثباتهم الصلاحية أو الأهلية للحاضنة الأجنبية على ولدها بصفة عامة.[٢]

---

(١) انظر بدائع الصنائع ، جـ/٤ ص ٤٥ ، فتح القدير جـ/٣ ص ٣١٩؛ رد المحتار جـ/٢ ص ٨٨٥.

(٢) انظر الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨.

ويتفق مع هذا الحكم الشرعي ما يجرى عليه العمل فى فرنسا: فعلى الرغم من أن الاعتراف للأبوين الأجنبيين بالولاية على أبنائهم الذين يتمتعون بالجنسية الفرنسية ، كان محل خلاف فى القضاء باعتبار أن الولاية على الأبناء من الحقوق المدنية التى لا يتمتع بها الا المواطنين ، فقد استقر القضاء على أحقية الوالدان الأجنبيان المتوطنان بفرنسا فى الولاية على أبنائهم القصر[١] على سند من تفسير المادة/١١ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على أن "يتمتع الأجنبى فى فرنسا بمعاملة المواطن ......" ، إذ واضح أن هذه المادة منحت للأجنبى التمتع بكل الحقوق المدنية التى يتمتع بها المواطن الفرنسى، مالم يصدر عن المشرع نص خاص يفيد ذلك[٢]. وإذ لا يتضمن القانون الفرنسى صراحة او ضمنا ما يفيد حق الأب والأم الأجانب فى الولاية على أبنائهم حتى ولو كان الأبناء من حملة الجنسية الفرنسية فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية للوالدين بحقهما فى الولاية بكل صورها على أبنائهم بأحكام عديدة منذ حكمها الأول الصادر فى ١٦ فبراير ١٨٧٥[٣].

الفرض الثانى : تعلق الأهلية بحاضنة أجنبية (غير مسلمة) متزوجة من وطنى مسلم :

يرى فقهاء الأحناف أن لاختلاف جنسية الوالدين أثره على

---

(١) انظر فى تفسير اسباب منح هذا الحق للأجانب فى فرنسا L.Topor ، المرجع السابق ص ٢-٣.
(٢) المرجع السابق .
(٣) مجموعة "Sirey" سنة ١٨٧٥ جزء I ص ١٩٣ تعليق "D.P.Labbe" وكذلك أحكامها :
Cas. Civ. 27 Juillet 1948, Rev. Crit. Dr. int.Pr, 1949, P. 75.
Cas. Civ. 27 Jun, 1950, Rev. crit. Dr. int. Pr 1951, P. 277.
Cas. Civ. 22 Dec. 1959, Dalloz, 1960, P. 93.

أهلية الحاضن إذا ما كانت أجنبية غير مسلمة ولو كانت أما للمحضون طالما كان المحضون دينه الإسلام . ذلك أن اختلاف الدار الحكمى يمنع استحقاق الاجنبية غير المسلمة من حضانة الطفل المسلم لأن اختلاف الدار مانع من حق الحضانة، وهذا هو ما يجرى عليه القضاء فى مصر[١].

وفى بيان أنه لا يجوز أن تثبت الحضانة للأجنبية التى تعتنق غير دين الإسلام على الصغير المسلم المولود لأب وطنى مسلم قضى بأنه "لا يجاب طلب جدة الصغير المسلم لأمه المسيحية الأجنبية (الحربية) ضمه إليها لأنه لا ولاية لحربى على مسلم"، وأيضا "......... مخافة أن يألف الصغير غير الإسلام" وفى تسبيب ذلك قررت المحكمة "ومن حيث أن الفقه يقضى بأن ولد المسلم ذكرا كان أو أنثى من الذمية مسلم تبعا لأبيه، وأن اختلاف الدار (ومن ثم اختلاف التبعية أو الجنسية) يكون باختلاف المنعة وباختلاف الملك، وبانقطاع العصمة بينهما .... "وأن اختلاف الدارين لا يتحقق الا باختلاف الإقامة بأن يكون أحدهما مقيما فى قطر كالديار المصرية مثلا والأخر مقيما فى إيطاليا ...".

"ومتى كان ينزع من الحاضنة فى هذه الحالة – حالة الخوف من يألف الكفر – فبالأولى أن لا يضم إليها" ومن حيث أن الطفل يتأثر بالمرئيات والمسموعات وهو فى الحولين الأولين من عمره وأن يعلم من الماديات ويعلق بذهنه فى هذه السن مثل ما يعلق به فى غيرها من باقى حياته وقد يلقن الطفل كثيرا من أمور

(١) الدكتور محمد سلام مدكور، الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام، طبعة ١٩٧٥ هامش ص ٤٨٢.

الدين. وهو وأن كان لا يعقل منها شيئا فى الأيام الأولى من حياته إذ قد تكون كلمات يعتادها لسانه ولا يكون لها أثرا فى نفسه ولكن إذا كبر وفهم معانى ما تلقنه بالمعاملة والمعاشرة تكون عنده كسائر العادات التى ينقلها من غير ملاحظة معناها".

وعند نظر استئناف الحكم المذكور قررت محكمة الاستئناف أنه "من المقرر شرعا أن الحضانة ضرب من الولاية .. وأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ..... غير أن الفقهاء ...... استثنوا من الأصل المتقدم أهل الذمة فجعلوا للذمية حقا فى حضانة الصغير المسلم بشرط الا يعقل دينا او يخاف عليه أن يألف الكفر... وأن غير الذمية كالحربية والمستأمنة (الأجنبية) لا حق لها فى حضانته مطلقا".

ذلك أن "الولاية تنقطع باختلاف الدارين وأن الدار تختلف باختلاف ظهور الإسلام والكفر فيها.. فكل بلاد ظهرت فيها أحكام الإسلام دعيت دار إسلام وكل بلاد ظهرت فيها غير أحكامه سميت دار حرب .... فالدولة الإسلامية تعتبر جميع بلادها دار إسلام .... فمن كان مصريا كان من أهل دار الإسلام ، ومن كان أجنبيا لم يكن من أهلها – أما الدول المسيحية فتعتبر بلادها فى اصطلاح الفقهاء دار حرب وجميع رعاياها من غير المسلمين يعتبرون بالنسبة لنا من أهل دار الحرب (وأن لم تكن بيننا وبينهم حرب قائمة) ولو كانوا مقيمين فى بلادنا ...... وماعناه الفقهاء قديما باختلاف الدار هو ما نعرفه الآن باختلاف الدول ...".[١]

---

(١) القضية رقم ٣٢٤٦ لسنة ٢٣ محكمة الجمالية ، منشور بالمحاماة الشرعية العدد/٦ ص ١٨٧.

وفى حكم لمحكمة استئناف القاهرة سنة ١٩٨٢ قضت بأنه إذا ثبت "أن الأم لا تقيم فى مصر بل تقيم فى النمسا وهى بعيدة عن موطن الأب ومن ثم تفوت عليه حقه فى رؤية الصغيرة والإشراف على تربيتها وهو أمر ليس فى صالح الطفلة ويقتضى الأمر أن تكون فى حضانة جدتها لأبيها حتى يتم تربيتها فى وطن الأب وعلى ديانته.(١)

٢ - حالة انعدام الجنسية :

لم يضع المشرع المصرى ضابطاً آخر لتحديد الحل فى مثل هذه الحالة حيث ترك الفصل فى المسألة للسلطة التقديرية للقاضى حيث نصت المادة ١/٢٥ من القانون المدنى على أن "يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..." إلا أن ترك تحديد القانون الواجب التطبيق لا يعنى أن له الحرية المطلقة فى ذلك ، بل هو مقيد بالبحث عن القانون الأقرب صلة بالعلاقة والأشخاص أطراف النزاع .

إلا أن الأمر ليس كذلك فى القوانين الأوروبية التى صدرت حديثا، فقد أقرت هذه القوانين الحل الذى وضع بموجب نص المادة ١٢ من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٤ بشأن حالة عديمى الجنسية التى نصت على إخضاع عديم الجنسية فى مسائل الأحوال

---

(١) مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد على محجوب ، المرجع السابق ص ٦٣٥، وتتلخص وقائع الدعوى فى أن شابا مصريا تعرف على فتاة نمساوية اثناء دراسته فى النمسا وتزوجها وأنجب منها طفلة صغيرة وبعد انتهاء دراسته عاد إلى وطنه مصر ومعه زوجته النمساوية وابنته الصغيرة الا أن خلافا نشب بين الزوجين مما اضطر الزوج إلى طلاق زوجته فسارعت برفع دعوى طالبت فيها بحضانة ابنتها حتى تتمكن من أن تأخذها معها وتسافر إلى وطنها النمسا.

الشخصية لقانون الموطن أو الإقامة المعتادة.[١] وهو ما نراه صريحا فى نص المادة ٣ من القانون المدنى البولندى الصادر سنة ١٩٦٥[٢] والمادة ٢/١١ من القانون المجرى الصادر سنة ١٩٧٩ والمادة ٤٥ من القانون المدنى التركى الصادر سنة ١٩٨٢ ، والمادة ٢٩ من القانون الدولى الخاص الألمانى الصادر سنة ١٩٨٦ والمادة ٣/٢٢ من القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر سنة ١٩٨٧. علاوة على أن هذا هو الحل الذى يؤيده الفقه والقضاء الفرنسى.[٣]

وعلى هذا فإن عديم الجنسية يوضع تحت حماية قانون الدولة التى يتوطن فيها عادة فإن لم يكن له موطن فقانون محل إقامته المعتادة. وأن تعدد موطنا اختير قانون الدولة التى يرتبط معها الشخص بأوثق صلة ، وهو ما يمكن للقاضى تبينه من الظروف المحيطة بالمراد تحديد أهليته.[٤]

وعلى ذلك وإزاء عدم وجود جنسية أو جهالة جنسية المراد تحديد أهليته للحضانة يتغير القانون الواجب التطبيق على مسائل أحواله الشخصية بصفة عامة بتغيير موطنه أو محل إقامته.

٣ ـ حالة تعدد الجنسيات :

يفرق هنا بين حالتين :

---

(١) انظر اتفاقية نيويورك بشأن حالة عديمى الجنسية منشورة فى :
Journees d'etudes Juridique, Nationalité Statut Personal, L.G.D. ed., 1984, P. 19-28.

(٢) منشور بالمجلة الانتقادية سنة ١٩٦٦ - العدد الثالث ، ص ٦٣١- ٦٣٦.

(٣) انظر باتيفول ولاجارد :
Traité de droit international prive, II, N.317.

(٤) انظر المادة ٢/١١ من القانون المجرى السابق الإشارة إليه.

أ - أن يكون التنازع بين جنسيتين أجنبيتين .

ب - أن تكون إحدى الجنسيات المتنازعة جنسية دولة القاضى الذى يعرض أمامه النزاع.

وكما لم يضع المشرع المصرى ضابطا للإسناد فى حالة انعدام الجنسية، لم يضع ضابطا للإسناد فى الحالة الأولى لتعدد الجنسيات، بل ترك ذلك لسلطة القاضى فى ضوء المبادئ العامة بموجب نص المادة ١/٢٥ من القانون المدنى التى نصت على أن "يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه ..... أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد".

أما فى الحالة الثانية فقد رجح المشرع المصرى تطبيق القانون المصرى بموجب نص المادة ٢/٢٥ من القانون المدنى.

أما فى الدول الأوربية فقد رجحت بعض القوانين تطبيق قانون الدولة التى يقيم فيها الشخص إقامة عادية أو يتوطن فيها باعتبار أن ذلك قرينة على ارتباط الشخص بهذه الدولة أكثر من غيرها، إذا مالم تكن جنسية دولة القاضى من بين الجنسيات المتنازعة، ومن ذلك نص المادة ٣ من القانون المدنى الفرنسى ونص المادة ٥ من القانون الدولى الخاص الألمانى .

أما إذا كانت جنسية دولة القاضى من بين الجنسيات المتنازعة رجح تطبيق قانون دولة القاضى باعتباره القانون الأكثر فاعلية.[١]

---

(١) انظر باتيفول ، المرجع السابق رقم ٨٢.

الفرع الثانى
نطاق القانون واجب التطبيق

إذا كنا قد انتهينا إلى أن أهلية الحاضن للحضانة هى الأهلية اللازمة للزواج وأن هذه الأخيرة تخضع للقانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج بمعنى أن أهلية الحاضن تخضع لقانونها الشخصى. وأن أهلية المحضون تدخل تحت مفهوم أهلية الوجوب ومن ثم رجحنا أن القانون الذى يحكمها هو القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للحضانة، فإننا نتساءل عن نطاق تطبيق هذه القوانين؟.

والحقيقة أنه إذا كان تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة تدخل ضمن مسائل الأهلية أم لا مما يخضع للقانون الوطنى للقاضى تطبيقا للقواعد العامة فإن ما يعد من شروط الأهلية هو مما يدخل فى نطاق القانون واجب التطبيق إلا أن هذا لا يعنى أن القانون المشار إليه سيكون دائما هو القانون واجب التطبيق إذ يُستثنى من نطاق تطبيق هذه القوانين الأجنبية ما يتعلق بالنظام العام فى بلد القاضى .

مخالفة القانون واجب التطبيق للنظام العام فى مسائل الأهلية للحضانة:

إذا كان من السائد فى الدول الغربية منذ القرن الثامن عشر أن هناك فصلا بين الدين والدولة وسيادة المفهوم العلمانى للقانون[1]، فقد كان من نتائج ذلك أنه إذا كانت توجد بعض القواعد

---

(١) أى عدم وجود صلة بين القانون والدين فى المجتمعات الغربية.

القانونية التى يمكن إرجاعها إلى أساس دينى مثل تحريم الجمع بين أكثر من زوجة[١] والقواعد المنظمة للنفقة والحضانة، فإن شرعيتها لم تعد تستند إلى أساسها الدينى وإنما إلى النظام العام.[٢]

إلا أن ما هو سائد فى الدول الأوربية ليس كذلك فى الدول الإسلامية ، إذ لا يمكن الفصل بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق والدين. فالقواعد القانونية ترتكز على أسس ومبادئ أخلاقية ودينية بما يحقق مصلحة المجتمع ويحافظ على نظامه العام.

وإذا كان ذلك شائعا فى القواعد القانونية المنظمة للأحوال العينية، فإن أهميته تزداد فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنظمة للأحوال الشخصية، إذ تستمد مباشرة من قواعد الشريعة الإسلامية.

وقد يعرض على القاضى نزاع بشأن الحضانة فيبدأ بالبحث فى أهلية أطراف النزاع فيجد أن القانون واجب التطبيق يخالف النظام العام المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية، المتمثل فى الأحكام التى لا تقبل التغيير والتبديل فى الشريعة الإسلامية، وهنا

---

(١) فى انعكاس فكر الديانة المسيحية على قانون الأحوال الشخصية فى فرنسا وألمانيا. انظر مريم الجوفى، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧-٧٨ ، ونص حكم المحكمة الفيدرالية الألمانية الصادر سنة ١٩٧١ بمنح ألمانية من الزواج فى ألمانيا من أجنبى مختلف الديانة لتعارض ذلك مع النظام العام الألمانى، منشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٧٦ ص ٥٥٩.

(٢) انظر فى تقرير هذه المسألة :

A. Verdross: Le Fondement du droit International, RCADI, 1927, I., P. 253.

وفى انتقاد هذا الاتجاه انظر الدكتور محمد جمال عطيه ، مجال علم القانون فى الفكر القانونى الغربى والفكر الإسلامى، دراسة مقارنة، المجلة القانونية والاقتصادية، العدد الثامن، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ، ص ١١٢- ١١٥.

يثور السؤال عن اثر هذا على الأهلية للحضانة.

فالحضانة كما عرفناها سلفا ضرب من ضروب الولاية الشرعية والقانونية ، ومن ثم فإن الأهلية لتوليها تنظمه قواعد تستمد من الشرائع الدينية فى مصر والدول الإسلامية.

ومن المتفق عليه لدى جمهور فقهاء الشريعة أنه لا يكفى لصلاحية الحاضن للحضانة مجرد بلوغ سن معينة، إذ يتقيد اكتمال الأهلية للحضانة بالنظر إلى ديانة كل من الحاضن والمحضون.

فقد تختلف ديانتهما ، ومن ثم تتأثر أهلية الحاضن للحضانة، فلا تكون أهل للحضانة رغم بلوغها السن اللازمة لاكتمال الأهلية للزواج . وهو ما نعرض له فيمايلى:

أولا: أثر اختلاف الدين على الأهلية للحضانة:

قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى، بالنظر إلى الجنسية الأجنبية للحاضن أو المحضون ، ومن ثم نواجه باحتمال لان يتعارض مضمون هذا القانون مع المبادئ التى يقوم عليها النظام القانونى للأحوال الشخصية فى مصر والدول الإسلامية حيث يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، ومن ثم يصير ضروريا استبعاد القانون الأجنبى واجب التطبيق بشأن الأهلية للحضانة.

تعلق اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون بالنظام العام فى اقوال فقهاء الشريعة الإسلامية:

لا يختلف أحدا من الفقهاء على ثبوت حق المسلم فى حضانة

المسلم – أيا كانت الجنسية التى يتصف بها – أما إذا اختلفت ديانة الحاضن والمحضون .

فقد انقسم الفقه بشأنه على قولين :

القول الأول : اختلاف الدين يؤثر على الأهلية للحضانة:

يرى الشافعية[١] والحنابلة[٢] والشيعة الزيدية[٣] والأمامية[٤] أنه لا تجوز حضانة غير المسلم للمسلم. "واحتجوا بأن الحضانة ولاية، كولاية النكاح ، فلا تثبت لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين"[٥] ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الإسلام يعلو ولا يعلى عليه".[٦]

---

(١) انظر كتاب الأم للإمام الشافعي ، جـ٥، ص ٨٣. ومغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج للشيخ محمد بن محمد الخطيب الشربينى، مطبعة مصطفى الحلبى، طبعة ١٣٧٧هـ جـ/٣ ص ٤٤٥ ، والمهذب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، سنة ١٣٤٣، جـ٢ ص ١٨١ ، وكشاف القناع على متن الاقناع، مرجع سبق ذكره ، الطبعة الأولى بالمطبعة الشرقية سنة ١٣١٩ه جـ/٣ ص ٣٢٥-٣٢٨.

(٢) انظر المغنى للإمام أبى محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٣٠هـ شرحا لمختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله الخرقى ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧هـ جـ/٧ ص ٦١٣.

(٣) انظر البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧ جـ/٤ ص ٢٨٥.

(٤) المختصر النافع فى فقه الأمامية للشيخ جعفر بن الحسن الحلبى المتوفى سنة ٧٧١هـ مطبعة وزارة الأوقاف بالقاهرة – الطبعة الثانية سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م ص ١٩٤. والروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية للشيخ زين الدين الجبعى العاملي – طبعة ١٢٧٨هـ بإيران جـ/٢ ص ١٤٠.

(٥) سورة النساء ، الأية ١٤٤.

(٦) سبل السلام ، جـ/٤ ص ٦٧.

وبأن الحضانة إذا لم تثبت للمسلم الفاسق فعدم ثبوتها لغير المسلم أولى لأن ضرر المخالفة فى الدين أكثر من ضرر الفسق لما فى المخالفة فى الدين من الفتنة عن دين الإسلام ، وبأن الحضانة إنما تثبت لمصلحة الصغير فلا تشرع على وجه فيه تفويت هذه المصلحة وتجلب أعظم الضرر على الصغير فى دينه، ولم يستثنوا من قولهم هذا أماً ولا غيرها، فعندهم لابد أن يكون الحاضن مسلماً مادام المحضون مسلماً.(١)

أما حضانة المسلم لغير المسلم فهى جائزة باعتبار أنها لا تلحق ضرراً بالمحضون لاسيما وأن العلاقة بين المسلمين وغيرهم تقوم على أسس تتسم بالعدالة وحرية الاعتقاد، والتمتع معا بجنسية الدولة الإسلامية وبأماتها إذا كان مستأمنا، وقد أبيح للمسلم أكل طعام أهل الكتاب(٢) والزواج منهم.(٣) ولاشك أن من ثمرات الزواج ، الولد، وليس من الممكن أن ننكر على أمه حضانتها أما فيما يتعلق بالحضانة بين غير المسلمين فقد أجازوا الحضانة لغير المسلم على غير المسلم.

وعلى ذلك إذا وجدت أسرة بعضها مسلم والآخر ليس كذلك أو وجد من هو ليس بمسلم فى وسط المسلمين دون أن يوجد من يحضنه أو من هو مستحق لحضانته من غير المسلمين فحينئذ تتعين حضانته لأحد الموجودين ممن هو أهل لها من

---

(١) انظر دكتور عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م ص ٣٧٠.
(٢) انظر سورة المائدة ، الأية ٥ .
(٣) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور رشدى شحاته، مرجع سبق ذكره، ١٩٣-١٩٧، والدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ٨٦.

المسلمين.(١)

القول الثانى: اختلاف الدين لا يؤثر على الأهلية للحضانة:

يرى الحنفية(٢) والإمام مالك(٣) "أن اختلاف الدين لا يؤثر فى حق الحضانة للنساء إذا ما توافرت الشروط اللازمة فى المرأة الحاضنة سواء كانت أماً أم غيرها".(٤)

فلا يشترط فى الحاضن ولا فى الحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة(٥) استنادا إلى وجه الدلالة من السنة الفعلية للرسول عليه الصلاة والسلام أنه أقعد الولد بين أبيه المسلم وأمه المشركة التى أبت الدخول فى الإسلام . إذ لو لم يكن لها حق فى الحضانة لاختلاف الدين لما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك.(٦)

فضلا عن أن السبب فى ثبوت الحضانة للأم وفور شفقتها على ولدها "والأم الذمية أشفق عليه ولا يرفع من هذه الشفقة اختلافا معه فى الدين ، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف

---

(١) انظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ٨٦.

(٢) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، طبعة دار الفكر ، جـ٣ ص ٤٩ ، ورد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ، المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ جـ/٢ ص ٨٨٠.

(٣) انظر المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٣هـ جـ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦.

(٤) انظر الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ص ٣٦٨.

(٥) انظر الدكتور رشدى شحاته، المرجع السابق ص ١٩٥ ، والدكتور زكريا البرى، المرجع السابق ص ٢١٣، والشيخ أحمد محمد على داود ، القرارات الاستئنافية فى الأحوال الشخصية، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٤٩٥.

(٦) انظر الحديث الذى أخرجه ابو داود والنسائى عن رافع بن سنان، سبل السلام، جـ/٣ ص ٢٢٩، وانظر حاشية ابن عابدين، مرجع سبق ذكره، جـ/٣ ص ٥٦٧.

الدين".[١]

"وعلى هذا فحضانة النساء للصغير تثبت بين المسلمين وغير المسلمين ، كما تثبت بين غير المسلمين فيما بينهم.

ولكن حق الذمية فى حضانة الصغير المسلم يسقط إذا ما تحقق أحد الأمرين التاليين :

الأول: إذا كان الصغير يعقل الدين، وقالوا ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة إسلام الصغير فى هذه السن.

الثانى : إذا خيف على الصغير أن يألف الكفر ، كما لو أخذت الذمية الحاضنة تلقنه تعاليم دينها أو تتردد به إلى معابدها، أو تغذيه بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر ونحو ذلك .

فإذا تحقق أحد هذين الأمرين، نزع الصغير من حاضنته غيـــــر المسلمة وضم إلى ناس صالحين من المسلمين"[٢]. دفعا للضرر الذى يقع عليه بتربيته على غير الإسلام.[٣]

وقد قضى بأن "الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف عليه من أن يألف الكفر ولو لم يعقل الأديان .. وأنها (أى أم الحاضنة) تبعا لتقاليد مذهبها ظلت تتردد على الكنيسة بالبنات

---

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام عثمان بن على الزيلعى، طبعة المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الأولى ١٣١٥هـ ، جـ/٣ ص ٥٠، وانظر محمد زيد الأبيانى بك، مختصر شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية، مكتبة عبد الله وهبه ، الطبعة الرابعة ١٣٤٢هـ - ١٩٢٤م، ص ٣٣٠.
(٢) دكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ص ٣٦٨.
(٣) انظر بدائع الصنائع ، مرجع سبق ذكره جـ/٤ ص ٤٢ ، والدر المختار ، مرجع سبق ذكره جـ/٢ ص ٨٨٠ .

وتلقنهن الديانة المسيحية المارونية[١] مع علمها بأن الأب مسلم، وهذا الصنيع منها أكثر ضرراً وأشد حرجا للإسلام وأبلغ من إيلاف البنات لهذه الديانة من الخوف الذى ذكرناه آنفا، واعتناق الكفر بدل الإسلام ، فلا تؤمن عليهن وينزعن منها". [٢]

إلا أن هذه ليست بالقاعدة المطلقة التى تسرى بالنسبة لكل من تؤل إليه الحضانة ذلك أنه "إذا آلت الحضانة إلى العصبات، فلابد فى هذه الحالة من اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لثبوت حق الحضانة، لأن حق الحضانة بالنسبة للعصبات بنى على التعصب الذى يستحق به العاصب الإرث ، ولا إرث مع اختلاف الدين، ومن ثم فلا حضانة وعليه فإذا كان للصغير غير المسلم أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فالحضانة تكون للأخ غير المسلم، وكذلك إذا كان الصغير مسلماً وله أخوان أحدهما مسلم والثانى غير مسلم فالحضانة للأخ المسلم دون الأخ غير المسلم. وينبنى على هذا أن الحضانة للعصبات لا تثبت بين المسلمين وبين غير المسلمين"[٣] مواطنين أو أجانب.

وقد افتت دار الإفتاء المصرية بأن "اختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة، فان كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة معتنقة دينا سماويا أو غير سماوى أما كانت أو غيرها من

---

(١) نسبة إلى الناسك مارون أب الطائفة المارونية، انظر فؤاد كرم، الطوائف الدينية فى مصر، مكتبة عبد الله وهبه ، دون تاريخ ، ص ٦٨ ومابعدها.

(٢) حكم محكمة العاطرين الحديثة الشرعية بتاريخ ١٩٤٨/٢٠ ، مجلة المحاماة الشرعية، العدد ٧، ٨ مجلد السنة العشرين ١٩٤٨ – ١٩٤٩ ص ٣٣٧ ومابعدها.

(٣) انظر بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، جـ/٤ ص ٤٢، وانظر مجموعة قدرى باشا فى الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية على مذهب أبى حنيفة ، المادة ٣٨٥، وبتصرف بسيط الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ص ٣٦٨.

بقية الحاضنات فلها أن تحتضن الولد وتربيه متى كانت أهلا للحضانة ومستوفية شرائطها إلا إذا خيف على الولد أن يألف دينا غير دين الإسلام".(١)

كما أفتت بأنه "... يشترط فى العصبة اتحاد الدين فلا يسلم الولد غير المسلم للعصبة المسلم ولا يسلم الولد المسلم للعصبة غير المسلم...".(٢)

وأفتت مؤخرا بأن "اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل مستحب ولكنه ليس شرطاً للحضانة وذلك لأن سبب الحق فى الحضانة هو توفر الشفقة ولا يؤثر فيه اختلاف الدين ويستمر حق الحاضنة ثابتاً لها مع اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل ولذلك ينزع من يدها ، إذا خيف على الطفل إفساد دينه... فإنه فى هذه الحالة ينتزع من يدها إذ تصبح غير أمينة على دينه والأمانة شرط من شروط الحضانة".(٣)

وقد قضى فى المفاضلة بين المسلم وغير المسلم فى حضانة غير المسلم بأن "الصبى اليهودي ، إذا كان له

---

(١) فتوى صادرة بتاريخ ١٩١٨/١٠/٢٨م منشور فى الفتاوى الإسلامية ، المجلد الأول، ص ٣٦٢ ، وانظر المادة ٣٨١ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية، تأليف محمد قدرى باشا، منشور على هامش مختصر شرح الأحكام الشرعية لمحمد زيد الابيانى، مكتبة عبد الله وهبه ، ١٣٤٢هـ - ١٩٢٤م ص ٣٨١.

(٢) فتوى صادرة فى ٧ من شوال سنة ١٣٤٠هـ ٦ من أغسطس ١٩١٦.

(٣) فتوى الدكتور نصر فريد واصل مفتى الديار المصرية بشأن النزاع بين مواطن مصرى مسلم وزوجته المواطنة الألمانية المسيحية حول حضانة طفليهما اللذين اصطحبتهما إلى المانيا رافضة الرجوع إلى مصر ، فتوى صادرة بتاريخ ٢٠٠١/٥/٢.

أخـوان أحـدهما مـسلم والآخـر يهـودي فـاليهودي أولـى، لأنـه انظــر للــصبى ، وأهــل الذمــة بمنزلــة أهــل الإســلام فــى الحـضانة"[١]. إذ تـسوى الـشريعة بـين المـسلمين والـذميين فـى تطبيـق نـصوص الـشريعة فـى كـل مـا كـانوا فيـه متـساويين ، أمـا مـا يختلفـون فيـه فـلا تـسوى بيـنهم فيـه ، لأن المـساواة فـى هـذه الحالــة تـؤدى إلـى ظلـم الـذميين ، ولا يختلـف الـذميون عـن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة".[٢]

وقضى بأنه "يشترط فى الحاضن العاصب اتحاد الدين فلا حق للعصبة فى حضانة الصبى إلا أن يكون على دينه – فإذا كان له أخوان أحداهما مسلم والآخر يهودى والصبى يهودى فاليهودى أولى".[٣]

تعلـق اتحـاد الـدين بـين الحاضـنة والمحـضون بالنظـام العـام فـى قوانين الأحوال الشخصية والأحكام القضائية :

رجح المشرع المصرى رأى فقهاء المذهب الحنفى إذ نصت المـادة ٢٠ مـن قـانون الأحـوال الشخـصية رقـم ٢٥ لـسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ علـى أن "يثبت الحق فـى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدما فيه من يدلى بالأم على

---

(١) كتاب أدب القضاء ، تأليف الإمام أبى العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغنى السروجى ، تحقيق ودراسة شيخ شمس العارفين صديقى بن محمد ياسين، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٨- ١٩٩٧ ص ٢٥٥.

(٢) انظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائى الإسلامى مقارنـا بالقـانون الوضـعى، المجلد الأول، دار التراث، ص ٣٣٢.

(٣) حكـم محكمـة مـصر الكليـة فـى القـضية رقـم ٤٤٦ لـسنة ١٩٣٧ س ك مـصر – المحاماة الشرعية السنة ١١ العدد ١ ص ٦٣.

من يدلى بالأب ...".

فلم يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون ، ذلك أن غير المسلمة – وطنية كانت أم أجنبية – التى تتزوج من مسلم وطنى كان أو أجنبى لا تمنع من حضانتها لأولادها منه إلا إذا خيف على الطفل إفساد دينه.

كما أخذ بهذا الاتجاه قانون الأحوال الشخصية العراقى رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩[١] فى الفقرة الأولى من المادة ٥٧ التى نصت على أن "الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة". فلم يفرق بين الأم مسلمة كانت أو غير مسلمة وهى أحق بالصغير سواء أكان مسلماً أم غير مسلم .

وقد أيدت بعض المحاكم هذا الاتجاه حيث قضى بأن "المنصوص عليه أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان".[٢]

ورفضت دعوى رفعها أب مسلم يطالب فيها بضم ولده البالغ من العمر أربع سنوات إليه، لأن أمه مسيحية.[٣]

وقضى بأنه "لا حق للعصبة فى حضانة الصبى إلا أن يكون على دينه".[٤]

---

(١) المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣.

(٢) حكم محكمة العطارين فى القضية رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٤٨ جلسة ١٩٤٨/٤/٢٠ – المحاماة الشرعية السنة ٢٠ ص ٣٤٠.

(٣) انظر حكم محكمة الأزبكية الشرعية الصادر فى ١٩٤٠/٥/١.

(٤) حكم محكمة مصر الكلية فى ١٩٣٨/٩/١٢ فى القضية رقم ٤٤٦ لسنة ١٩٣٧ ش.ك.مصر – المحاماة الشرعية س ١١ ص ٦٣.

الترجيح بين القولين وأثره على الحضانة فى العلاقات الخاصة الدولية:

اتجه رأى البعض فى الفقه الحديث إلى ترجيح ما ذهب إليه الاحناف مع التأكيد على ما به من القيود التى أشاروا إليها حفاظا على حياة المحضون لاسيما وأن الشريعة الإسلامية قد أباحت للمسلم أن يتزوج بالكتابية، ومعلوم أن الولد من ثمرات الزواج ولا يمكن أن ينكر على الأم حضانتها لولدها.(١)

ولأن خوف الفتنة على الصغير فى دينه منتفية بالقيود التى اشترطها الحنفية لثبوت حضانة غير المسلمة للمسلم.(٢)

إلا أننا نميل إلى الاتجاه المؤيد للرأى القائل باشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وذلك لقوة أدلته وخلوها من المعارض لها ووجاهة الأدلة العقلية التى استند إليها أصحاب هذا القول فى توجيه النصوص الشرعية المستدلين بها لاشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه فى كل الأحوال وفى كل زمان".(٣)

وما نميل إلى ترجيحه ليس بالأمر الغريب.

١ - إذ يجب مداركه الضرر على الدين قبل الضرر على

---

(١) انظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ٨٩- ٩٠ .

(٢) انظر الدكتور عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق، ص ٣٧٠-٣٧١ ، والدكتور رشدى شحاته الذى اشترط الإسلام فى الحاضن الذكر دون الأنثى. مرجع سبق ذكره ، ص ٢١٧-٢١٩.

(٣) انظر فى تأييد مذهب الشافعية القائلين باشتراط وحدة الدين بين الحاضن والمحضون ، أستاذنا الدكتور نصر فريد، الولايات الخاصة مرجع سبق ذكره، ص ٩٢-٩٣.

النفس. فضلا عن أنه لا ضرر على الصغير إذ يحضنه أقاربه المسلمون – على الترتيب الشرعى – فإن لم يوجد حضنه المسلمون.(١)

٢ – كما أن القضاء قد اتجه إلى الأخذ بهذه الوجهة من النظر ومن ذلك بأنه "لا تجاب اليهودية إلى طلبها ضم ابنها الصغير إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود" "فالطفل تنتقش فى ذهنه المرئيات والمسموعات انتقاشا كاملا حتى وهو فى الحولين الأولين" لاسيما وأن تعبير "إلف الديانات" يدل على أن الفقهاء أرادوا أن يحصروا حضانة الذمية – والحربية (الأجنبية) من باب أولى – لولدها فى دائرة ضعيفة جدا. إذ ما الذى يمنع الذمية – غير المسلمة – التى تعتقد حل الخمر والخنزير أن تغذى ولدها بهما. وإذا لم يكن ذلك محققا فإنه متوقع ومخوف جدا".(٢)

٣ – كما أن شرط اتحاد الدين ليس قاصرا على الشريعة الإسلامية . فالحضانة بين غير المسلمين لا تختلف عنها بين المسلمين فأهل الذمة مخاطبون بأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمعاملات دون العبادات وتلك قاعدة عامة وكذلك المستأمنين أثناء إقامتهم فى الدولة الإسلامية.(٣)

---

(١) انظر مغنى المحتاج – طبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧هـ جـ/٣ ص ٤٤٥، وانظر الدكتور بدر الدين عبد المنعم، من أحكام الصغير فى القانون الدولى الخاص (دراسة مقارنة) ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثانى السنة ٢٣ عدد إبريل – يونيو ١٩٧٩ ص ٥٧-٥٨.

(٢) انظر حكم محكمة مصر الكلية فى القضية رقم ١٠٩٥ لسنة ١٩٣٣ – جلسة ١٩٣٤/٥/١٥ – المحاماة الشرعية – العدد ٥ ص ٧٦٠.

(٣) انظر فتح القدير جـ/٣ ص ٤٥٥ ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢١٤.

فالصغير مسلماً أو غير مسلم فى حاجة لمن يحضنه ولهذا ذهب الأحناف إلى أن أهل الذمة فى الحضانة بمنزلة أهل الإسلام، وعللوا ذلك بأن حق الحضانة ثبت نظرا للصغير ورعاية مصلحته، وهذا المعنى لا يختلف بالإسلام وعدمه.(١)

وإذ أن الدول العربية والإسلامية تجعل لغير المسلمين الاحتكام للقواعد القانونية الخاصة بهم بحسب طوائفهم ومللهم فقد اشترطت مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فى مصر "أن يكون الحاضن مسيحيا سواء أكان رجلا أم امرأة، فقد نصت المادة ١٢٩ على أنه "يشترط فى الحاضنة .... وفى الحاضن ..... ويشترط فى كليهما أن يكون مسيحيا". (٢)

وقد قضى بأنه "إذا كانت الأم القبطية الأرثوذكسية قد تزوجت بمسلم بعد وفاة زوجها المسيحى فإنها تفقد صلاحيتها للحضانة لأن زوجها الجديد غير ذى رحم محرم للصغيرين"(٣)

وإذ أن الحضانة من الولايات الشرعية المقررة بنص القانون، وتولى الولاية لا يتم الا بتوافر شروط اكتمال الأهلية لهذه الولاية فإن شرط اتحاد الدين مما يتعلق بالنظام العام ومن ثم فإننا نرى أنه إذا كان القانون واجب التطبيق لتحديد الأهلية للحضانة قانونا أجنبيا وكان هذا القانون يولى الحضانة لغير المسلم وكان هذا القانون يولى الحضانة لغير المسلم على الطفل المسلم ،

---

(١) انظر بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره جـ/٤ ص ٤٢.
(٢) مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩.
(٣) محكمة شبرا للأحوال الشخصية جلسة ١٩٦٩/١١/١٠ قضية رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٦٩.

بصرف النظر عن جنسيته مصريا كان أو غير مصرى، وجب استبعاد القانون المشار إليه.

أثر تغيير الدين على الأهلية للحضانة:

إذا كان اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، سواء على سبيل المستحب أو الواجب ، شرط لاكتمال الأهلية للحضانة، وكانت الديانة مما يقبل التغيير ، فإن لقيام أحد الأطراف بتغيير دينه أثره المباشر على أهليته للحضانة. فتصبح الحاضنة أهلا للحضانة بعد أن لم تكن كذلك أو العكس. وهو ما يلزم معه أن نلاحظ تأثير تغيير الديانة على الأهلية للحضانة، والقانون واجب التطبيق بشأنها فى دولة ذات نظام قانونى مركب مثل النظام القانونى المصرى للأحوال الشخصية أو تعلق هذا الأثر بالنظام العام.

فقد يعتنق أحد الأبوين - الأجانب غير المسلمين - الإسلام دينا، أو ترتد الحاضنة عن الإسلام فيحدث التغيير المشار إليه. وهنا نفرق بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول: اعتناق الأب الإسلام دون الأم :

وهنا تظل الأم أهل للحضانة - على ما رجحه القانون المصرى والقانون العراقى وغيرهما - مالم يخش على ديانة أولادها فى حالة الفرقة بينها وبين زوجها الذى صار مسلما، وطنيا كان أو أجنبى ، بالطلاق أو التطليق - بالنظر إلى أن مصلحة المحضون مقدمة على مصالح الأبوين.

فقد قضى بعدم ضم الصغير إلى أبيه المسلم - بعد إسلامه -

وأبقى بيد حاضنته الذمية.[١]

الفرض الثانى: اعتناق الأم للإسلام دون الأب :

إذا اعتنقت غير المسلمة، وطنية كانت أو أجنبية الإسلام وأبى أبو المحضون فهنا نرى، على خلاف ما ذهب اله البعض[٢]، أنه لا تسقط حضانتها ولا تنتقص أهليتها للحضانة. فمن المقرر شرعا أن الطفل يتبع المسلم من أبويه[٣] ، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه .

وعلى ذلك إذا كان الأبوان أو أحدهما مسلما اسلاما أصليا أو طارئا واتحدت الدار ولو حكما فالولد الصغير مطلقا وكذا من فى حكمه يعتبر مسلما تبعا لأبويه أو للمسلم منهما[٤]. ومن ثم تظل للحاضنة أهلية الحضانة الا اذا لم تكن الحاضنة هى أم المحضون. إذ لا تأثير عندئذ لاعتناق الحاضنة للإسلام على دين المحضون، وبالتالى ينتفى شرط من شروط صلاحيتها للحضانة.

---

(١) انظر حكم محكمة الأزبكية الشرعية فى حكمها الصادر فى ١ مايو ١٩٤٠.

(٢) انظر الرأى المخالف، الدكتور فكرى عبد العزيز ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٤٥.

(٣) لحديث: الإسلام يزيد ولا ينقص، انظر التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم للشيخ منصور على ناصف ، طبعة جريدة صوت - الأزهر ، الجزء الثانى ص ٣٥٧.

(٤) فأما كون الأبوين مسلمين فهذا ظاهر، وكذا إذا كان الأب مسلما أصليا والأم كتابية أو كان غير مسلم ثـ أسلم فالولد سواء كان ذكرا أم أنثى تابع للأب ، ويتصور كون الأب غير مسلم والأم مسلمة بأن كان الأبوان غير مسلمين من الأصل ثم أسلمت المرأة وجاءت بولد قبل عرض الإسلام على زوجها وقبل التفريق بينهما أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها، أو كان بينهما ولد صغير قبل اسلامها فانه بإسلامها يصير الولد مسلما تبعا لها، الشيخ احمد إبراهيم إبراهيم، حكم الشريعة الإسلامية فى الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره. مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، العدد الأول، يناير ١٩٣١ ص، ٦ ومابعدها ولاسيما ص ١٢.

الفرض الثالث: ارتداد الحاضن عن الإسلام:

الردة[١] عن الإسلام جريمة يعاقب عليها بالقتل[٢] ولا فرق فى توقيع الحد - عند جمهور الفقهاء - بين رجل وامرأة.[٣]

غير أن فقهاء المذهب الحنفى ذهبوا إلى أن المرأة المرتدة تستتاب فإن لم تتب حبست وضربت حتى تقع منها التوبة على أساس أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - نهى عن قتل النساء.[٤]

ويترتب على ذلك أن المرتد - أن كان رجلا - مستحقا للقتل ومن ثم فلا يكون أهلا للحضانة. أما اذا كانت الحضانة لامرأة فإن حقها يسقط فى الحضانة ، إذ أن الحضانة نوع من الولاية والمرتدة لا ملة لها ولا تقدير لها شرعا باعتبار موتها حكما، وأن لم تقتل. إذ أن حبسها يجعلها غير قادرة على الحضانة فضلا عن أن كونها غير أمينة على دينها يجعلها غير أمينة على المحضون ومن ثم تنتفى أهليتها للحضانة".[٥]

وجاء فى فتوى عن دار الإفتاء المصرية "المرتدة ليست

---

(١) اختلف الفقهاء فى التعبير عن تعريف الردة ونذكر هنا تعريف ابن قدامة الحنبلى على سبيل المثال إذ يعرف المرتد بأنه "هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر" انظر بدائع الصنائع جـ/٧ ص ١٧٤.

(٢) لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :من بدل دينه فاقتلوه" وقوله "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله الا بإحدى ثلاث ، النفس بالنفس والثيب الزانى والتارك لدينه المفارق للجماعة".

(٣) انظر نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من كلام سيد الاخيار للأمام محمد بن على الشوكانى ، طبعة مصطفى الحلبى، جـ٨ ص ٥، ٦.

(٤) انظر المرجع السابق ، جـ٧ ص ١٩٠.

(٥) انظر دكتور محمد على محجوب ، الأسرة وأحكامها فى الشريعة الإسلامية ، ١٩٨٣ ص ٦٤٦، ودكتور رشدى شحاته، المرجع السابق ص ٢٢٢.

أهلا لنحضانة". (١)

إلا أن انعدام الأهلية لعارض الردة يرتفع بزوال هذا المانع فيعود للحاضن والحاضنة الأهلية للحضانة بالرجوع إلى الإسلام. إلا إذا قامت القرائن على أن هذا الإسلام صورى لم يرد منه سوى استرداد الأهلية فى الحضانة وأن عقيدة الحاضنة لم تتغير فيلتفت عندئذ عن إسلامها ولا يرد إليها المحضون. (٢)

فإذا ما انتهينا إلى أن القانون الشخصى للوالدين باعتباره القانون واجب التطبيق على أهلية الحاضن لا يرتب أثرا لتغيير الدين على أهلية الحاضن وجب استبعاد هذا القانون وتطبيق القانون المصرى للأحوال الشخصية المتمثل فى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة واجبة التطبيق فى هذا الشأن .

المطلب الثالث
القانون الواجب التطبيق لتنظيم الحضانة

لما كانت الحضانة واجب لحفظ الصغير من الهلاك والضياع(٣)، فقد تأكد أنها التزام على الحاضنة ، لا يختلف بتغير جنسيتها أو ديانتها أو موطنها عن جنسية أو ديانة أو موطن المحضون، فللأجنبى حضانة أبنائه بل هى واجب عليه(٤). وإذ أن

---

(١) فتوى بتاريخ ١٩٦٠/١٢/٢٦ ، منشورة بمجموعة الفتاوى ، المجلد الخامس سنة ١٤٠٢هـ ١٩٨٢ ، ص ١٩٥٧.

(٢) انظر حكم محكمة شبرا الشرعية فى ١٢ مايو ١٩٤٠ ، منشور بالمحاماة الشرعية ١٧١/١٠٨.

(٣) انظر المادة ٧ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

(٤) الاعتراف للأجنبى بالحق فى الولاية من المسائل التى تتعلق بمركزه القانونى وهو مما يخضع تحديده للقانون الوطنى للقاضى .

الحضانة ولاية يخولها القانون للحاضن على المحضون أصبح من الضروري النظر في أسباب فرض هذه الولاية وحدود سلطات الحاضن وبيان أسباب انتقالها وترتيب من يمكن تكليفهم بهذه الولاية. وهي مسائل تنظمها قواعد قانونية ثابتة في كل تشريع، غير أنها ربما تختلف في الشرائع باختلاف وجهة نظر كل شارع في هذا التنظيم . ولذلك فإن من الأمور الواجبة التعرف إلى التشريع الذي يتولى تنظيم الحضانة في الحالة التي تكون فيها الحاضن متمتعة بجنسية أجنبية ، أو يكون المحضون أو أبيه متمتعين بجنسية أجنبية ، وذلك بالرجوع إلى قواعد الإسناد التي وضعها مشرع الدولة.

والمشرع إذا رغب في وضع قاعدة من قواعد تنازع القوانين في هذا الشأن، يجد نفسه أمام علاقة من علاقات الأحوال الشخصية[١] بمعنى أن يحكمها في الغالب القانون الشخصي للأطراف أي قانون الدولة التي يتبعونها بجنسياتهم[٢]، ولكن قانون جنسية أي من الأطراف؟ هل هو قانون جنسية الأب (الولي على النفس) أو الحاضنة أم هو قانون جنسية المحضون؟ وهل لقانون

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ق دستورية، سبق الإشارة إليه.

(٢) رجح المشرع المصري اعتماد الجنسية أساسا لتحديد القانون واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية أخذا بمبدأ شخصية القوانين ، بمعنى أن القوانين وضعت أصلا للأشخاص ، ويجب أن تتبعهم أينما ذهبوا ، وبتلك المثابة صار القانون الشخصي هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته لا بموطنه ومن النظم التي اعتمدت هذا الاتجاه القانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤ والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ، بند ٥٧٦ ومابعدها ص ٦٤٨ ومابعدها.

القاضى من أى دور فى هذا الشأن؟

وهو ما نتناوله فيمايلى :

أولا: القانون واجب التطبيق لتنظيم الحضانة:

لم تتضمن قوانين الدول العربية ومن بينها مصر فضلا عن القانون الفرنسى ذاته قاعدة إسناد صريحة بشأن مسألة تحديد القانون الشخصى واجب التطبيق لتنظيم الحضانة فى العلاقات المختلطة ، مما أوجد انقساما فى آراء الفقهاء وأحكام القضاء حول ترجيح القانون الشخصى لأحد الأطراف على غيره من القوانين ذات الصلة بالنزاع . ولذا نرى أن نعرض للاتجاهات التى تناولت المسألة بالتنظيم.

قد يسوى تنازع القوانين بشأن الحضانة بصورة تختلف بحسب ما إذا كنا بصدد حالة قيام الحياة الأسرية بين الوالدين أم بصدد وقوع الطلاق أو الانفصال بينهما كما تختلف بحسب ما إذا كان أحد أطراف النزاع مصرى الجنسية أم عديم الجنسية أو مجهولها أو أن يكون جميع أطرافها أجانب عن القاضى الذى ينظر النزاع ، وبالتالى نرى أن نعرض لكل من هذه الفروض فيمايلى :

الفرض الأول: أن يكون أحد أطراف النزاع مصرى الجنسية:

ويتصور أن يكون أحد أطراف النزاع مصرى الجنسية سواء كان ذلك الطرف هى الأم المكلفة بالحضانة أم هو الأب المسئول عن الرعاية وأجرة الحضانة أم هو المحضون. وهنا لا مجال لتطبيق قانون إلا القانون المصرى، وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية صراحة بحكمها الصادر فى

١٩٨٥/٣/١٩ حيث قضت بأن "نص القانون المدنى فى المادة ١٣ منه على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ..... إلا أنه أستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فنص فى المادة ١٤ منه على سريان القانون المصرى وحده في هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج مما مفاده أن الحضانة ...... يسرى عليها القانون المصرى وحده إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاده".(١)

كما قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية أجانب بأنه متى كان الثابت أن المدعى عليه فلسطينى بينما المدعية مصرية ومن ثم .... فإن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق عملا بنص المادتين ١/١٣ ، ١٤ من القانون المدنى إذ أن الثابت أن ابنة المدعية .... كانت مصرية وقت الزواج(٢).

وعلى ذلك فلا اعتبار لتغيير الجنسية الذى يطرأ لأى من الزوجين فى الفترة ما بين انعقاد الزواج وبين الطلاق أو رفع دعوى الحضانة .

ويلاحظ أن المشرع المصرى لا ينفرد بهذا الحل إذ هو ما تأخذ به القوانين المدنية فى سوريا(٣) والعراق(٤) وليبيا(٥) فضلا

---

(١) الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ق - أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ منشور فى مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ ، المجلد الأول ، مسائل الأحوال الشخصية ، مبدأ رقم ٣٤١ ص ٢٤٢.
(٢) حكمها فى ١٩٨٧/١٢/٢٩ فى القضية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ أحوال شخصية أجانب .
(٣) المادة ١٥ .
(٤) المادة ٥/١٩ .

عن القانون الدولى الخاص النمساوى[١] والقانون التركى [٢] والقانون الألمانى[٣] والقانون المدنى الفرنسى[٤] .

إلا أن الطبيعة المركبة للقانون المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية يثير التساؤل عما هو المقصود هنا بالقانون المصرى؟

وفى الإجابة على هذا التساؤل نقول أنه ولئن وحد القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ جهة القضاء التى عهد إليها بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعهم ، فحصرها - وأيا كانت ديانتهم - فى جهة القضاء الوطني، إلا أن القواعد الموضوعية التى ينبغى تطبيقها على منازعاتهم فى شئون أحوالهم الشخصية، لا تزال غير موحدة، رغم تنشئتها وبعثرتها بين مظان وجودها وغموض بعضها أحيانا .

ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٦ من هذا القانون تقضى بأن تصدر الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيبها[٥]. وتنص فقرتها الثانية على أنه

---

(٥) المادة ١٤.

(١) الصادر عام ١٩٧٩ فى المادة ١/٢٠.

(٢) الصادر عام ١٩٨٢ فى المادة ١/١٣.

(٣) الصادر عام ١٩٨٦ فى المادة ١/١٧ بالتنسيق مع المادة ١/١٢-١ من القانون المدنى.

(٤) بالمادة ٣١٠ المضافة بقانون ١١ يوليو ١٩٧٥.

(٥) انظر الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩ ، والطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ السنة ٢٦ ع١ ص ٤٣٢ ، والطعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٠/١١/١٧ السنة ١١ ص ٥٨٣.

فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، الذين تتحد طائفتهم وملتهم ، وتكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فإن الفصل فيها يتم - في نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم .

ومؤدى ذلك ، أنه فيما عدا الدائرة المحدودة التي وحد المشرع في نطاقها القواعد الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعا - كتلك التي تتعلق بمواريثهم ووصاياهم وأهليتهم - فإن المصريين غير المسلمين لا يحتكمون لغير شرائعهم الدينية بالشروط التي حددها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، بل أن المادة ٧ من هذا القانون تنص على أن تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٦ من هذا القانون ، مالم يكن التغيير إلى الإسلام .

وبذلك فإن المشرع يكون قد ارتقى بالقواعد التي تتضمنها هذه الشرائع، إلى مرتبة القواعد القانونية التي ينضبط بها المخاطبون بأحكامها ، فلا يحيدون عنها في مختلف مظاهر سلوكهم.

ولكن هل إذا ما تضمنت هذه الشرائع نصوصاً تنظم موضوع الحضانة تكون واجبة التطبيق أيا كان وجه الرأي في اتفاقها أو تعارضها مع الأصول الكلية للشريعة الإسلامية؟[١]

---

(١) انظر في الحكم بعدم دستورية المادة ١٣٩ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس الملي العام بجلسته المنعقدة في ٩ مايو ١٩٣٨ والخاصة بسن انتهاء الحضانة ، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية الصادر في أول مارس ١٩٩٧ ، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١١ في ١٣ مارس ١٩٧٧ ص ٧٠٧.

لا جدال فى أنه اذا ما تعارضت نصوص هذه الشرائع مع الأصول الكلية للشريعة الإسلامية فأنها تكون غير قابلة للتطبيق لتعارضها مع النظام العام، إلا أن الأمر يدق إذا ما كان المشرع قد كفل للطفل المسلم حقوقاً لم تكفلها الشرائع الملية للطفل غير المسلم، هل يمكن الاستمرار فى تطبيق الشريعة الملية بزعم عدم تعارضها مع الأصول الكلية للشريعة الإسلامية .

فصلت المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسألة بقولها أن "الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته .

والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته - إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه ، وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولا تقيم الشريعة الإسلامية - فى مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها - ولا شريعة غير المسلمين من الأقباط الأرثوذكس - التى حدد الإنجيل ملامحها الرئيسية - لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها ، انطلاقاً من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها، وأن تطرق الخلل اليها - ولو فى بعض جوانبها - مدعاة لضياع الولد، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون كافلا لمصلحته ، وأدعى لدفع المضرة عنه، ومتى كان ما تقدم وكان تعهد المحضون - صغيراً كان أم صغيره - بما يحول دون الإضرار بهما ، مؤداه أن يكون لحضانتها سن تكفل الخير لهما فى إطار من الحق والعدل . وشرط ذلك اعتدالها ، فلا يكون قصرها نافيا عن حضانتهم متطلباتهم من الصون والتقويم وعلى

الأخص من الناحيتين النفسية والعقلية ، ولا امتدادها مجاوزا تلك الحدود التى تتوازن بها حضانتهم مع مصلحة أبيهم فى أن يباشر عليهم إشرافاً مباشراً ، بل تكون مدة حضانتهم بين هذين الأمرين قواما ، وهو ما نحاه المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

فتحديد سن الحضانة على النحو المتقدم ، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين ، إلا أن هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير والصغيرة اللذين تضمهما أسرة واحدة وإن تفرق أبواها . ولا يجوز فى مسألة لا يتعلق فيها تحديد هذا السن بأصول العقيدة وجوهر احكامها، أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعا لديانتهم، ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانونا ضمانا لتكافؤ الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم ، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم . والصغير والصغيرة - فى شأن حضانتهما - يحتاجان معا لخدمة النساء وفقا لقواعد محددة لا تمييز فيها.[1]

الفرض الثانى: أن يكون أطراف النزاع عديمى الجنسية :

قد يولد الطفل المحضون لوالدين عديمى الجنسية ولا تثبت له جنسية الدولة التى ولد على إقليمها فيصير عديم الجنسية ويحدث

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/١ بشأن مدى دستورية المادة ١٣٩ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ، منشور بالجريدة الرسمية العدد ١١ فى ١٣ مارس سنة ١٩٩٧ ص ٧٠٧ - ٧١٨.

أن تثار بشأن حضانته منازعة ما وهنا يثور التساؤل عن القانون الذى يحكم تنظيم حضانته .

وفى الإجابة عن هذا التساؤل فصلت محكمة النقض المصرية فى نزاع بشأن أجنبى غير مسلم ولا تعرف له جنسية، حيث قضت بأنه "إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدنى تنص على أن "يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية ..." وكان الحكم المطعون فيه قد خلص - إعمالا لحكم هذا النص - إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيها يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية ، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطان القانون الداخلى فى مصر، وبالتالى تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشريعة التى تحكم النزاع". بحيث "تطبق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلى غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة، وتطبيق الشريعة الطائفية على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة".(١)

الفرض الثالث: أن يكون جميع أطراف النزاع من الأجانب:

لم يتفق الفقه والقضاء فى تحديد القانون واجب التطبيق نظرا لعدم النص عليه فى القانون المصرى والقوانين العربية

---

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٥/١١/٢٦ - منشور فى مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ - المجلد الأول - الجزء الأول - مسائل الأحوال الشخصية ، ط ١٩٨٧ ، المبدأ رقم ٤٥٨ ص ٢٩١.

والقانـــون الفرنسى ويمكن رد هذا الاختلاف إلى الاتجاهات التالية:

الاتجاه الأول: إخضاع الحضانة للقانون الذى يحكم آثار الزواج:

اتجه أنصار تكييف الحضانة كأثر من آثار الزواج إلى أنه يتعين إخضاع حضانة الصغار للقانون الذى يحكم هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزوج ، الأب ، رب الأسرة ، وقت إبرام عقد زواجه.(١) لاسيما إذا ما كنا بصدد نزاع بشأن الحضانة غير مرتبط بدعوى للتطليق أو الانفصال، أى حال قيام العلاقة الأسرية بين والدى الطفل. سواء كان طفلا شرعيا أم كان طفلا طبيعيا، إذ تبدو الحضانة آنذاك أمر لا جدال فيه كمظهر أساسى ملازم لولاية الابوين على نفس ومال الصغير.

ومن ثم فليس هناك ما يدعو إلى عدم التسليم باختصاص القانون الشخصى الذى يحكم ، من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية.(٢)

ويرجع أصل هذا الاتجاه إلى ما أثارته قضية Harret Maire des saint-Anges التى عرضت على القضاء الإيطالى سنة ١٨٩٠ من تساؤلات بشأن القانون الذى كان على القاضى الايطالى

---

(١) انظر : P. Mayer: op.cit., P. 423, H.Batiffol Traité elémentaire .., op. Cit., P. 520, Rotbort- Bensoude : op. Cit., P. 10, J.P. Niboyet: op. Cit., P. 563. G. Morty: op. Cit., P. 352.

وفـــى الفقه المصرى: دكتور فؤاد رياض ، الوسيط ، مرجع سبق ذكره ص ٣١٣، دكتـــور احمد مسلم، موجز القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨.

(٢) انظر : P. Mayer: op. Cit., P. 423

تطبيقه لإلزام الصغيرة Emma- Harr بطاعة والديها .

فبتاريخ سابق على رفع الدعوى أرسلت الصغيرة Emma- Harr الإنجليزية الجنسية - من قبل أبويها الإنجليزيان الجنسية والموطن - لدراسة اللغة الإيطالية لمدة عام ونصف بدير La mére de saint Anges الكائن بروما الا أنها وبعد انقضاء مدة الدراسة وتحت تأثير الراهبات بالدير رفضت الصغيرة الرجوع إلى والديها، مما دعى الوالدان لعرض الأمر على رئيس المحكمة المدنية بروما . وعلى الرغم من أن الخلاف لم يصل إلى حد التقاضى حيث تراجعت الصغيرة وأعلنت طاعتها وإذعانها لرغبة والديها والعودة إلى حضانتهما إلا أن ذلك آثار التساؤل لدى الفقه الإيطالى[1] ماذا لو وصل النزاع إلى حد التقاضى ترى أى القوانين كان سيطبق القاضى الإيطالى إذا كانت الصغيرة قد استمرت فى عدم طاعة والديها؟.

فإذا كان من الواضح اننا بصدد والدين إنجليزيين ومحضونة إنجليزية إلا أنها كانت تقيم فى ايطاليا فهل للوالدين الحق فى الزام ابنتهما بالطاعة وفقا للولاية المقررة لهما عليها بموجب القانون الانجليزى ، قانون موطن الأسرة وقانون جنسيتهم المشترك .

والحقيقة أنه لم تكن ثمة مشكلة فى ضوء أن المادة ٦ من القانون المدنى الإيطالى كانت تنص على أن "مسائل الحالة

(١) انظر رأى الأستاذ بيير انتونى الأستاذ بجامعة روما فى :
Affaire Harr et marie de saint Anges. Clunet, 1890, P. 460.

والأهلية والعلاقات الأسرية تخضع للقانون الوطنى للشخص".

فالحضانة باعتبارها المرحلة الأولى من الولاية على نفس الصغار، تخضع للقانون الوطنى لأطراف العلاقة، أى لقانونهم الشخصى، ومن ثم فلا جدال فى انعقاد الاختصاص للقانون الإنجليزى بحكم مسألة حق الوالدين فى الزام ابنتهما بالرجوع إلى موطن الاسرة.(١)

وقد لاقى هذا الاستنتاج قبولا كبيرا لدى الفقه والقضاء الفرنسيين فسلم به القضاء الفرنسى فى حكمين قضائيين شهيرين الأول منهما بصدد نزاع بشأن الحضانة عرض على المحكمة أثناء نظرها فى مسألة إثبات بنوة شرعية، بينما عرضت للحضانة فى ثانيهما أثناء نظرها فى إثبات ابوة طبيعية (لطفل غير شرعى).

فقد اصدرت المحكمة المدنية فى مدينة "Laval" حكمها فى الدعوى الأولى فى ١٢ إبريل ١٩٠٢(٢) حيث أخضعت النزاع بشأن حضانة الابن الشرعى للقانون الإنجليزى باعتباره القانون الوطنى المشترك للطرفين. وهو يخول للقاضى حتى أثناء استمرار علاقة الزواج ، أن يعهد بالحفاظ على الأطفال إلى الأم ، مع حفظ حق الأب فى زيارة ورؤية أطفاله، اذا ما اقتضت مصالح الأطفال القصر اتخاذ مثل هذا الإجراء".

أما الحكم الثانى، فهو أحدث صدورا حيث أصدرته محكمة

---

(١) المرجع السابق .

(٢) Trib. Civ. Laval, 12 avril 1902, Clunet, 1902. 1044.

يلاحظ من الحكم أن المحكمة قد أخذت فى اعتبارها سوء سلوك الأب والحالة الصحية للابن البكر للوالدين وسنهما .

استئناف باريس فى ١٦ أبريل ١٩٥٣ لتحديد من لـه الحق من الأبوين الطبيعيين فى حضانة طفلهما القاصر مطبقة القانون الوطنى - الفرنسى - المتعلق بالولاية[١]، La puisance pternelle قانون الجنسية المشتركة للأطراف ، وهو القانون الذى يحكم آثار الزواج .

الاتجاه الثانى : إخضاع الحضانة للقانون الذى يحكم انحلال الزوجية:

اتجه أنصار القول بأن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج إلى الربط بين الحضانة وآثار الطلاق والتطليق والانفصال[٢] على النحو الذى يبرر إخضاعهما لقانون واحد، القانون الشخصى للزوج - الأب ، أى قانون جنسيته وقت رفع الدعوى[٣] تطبيقا لنص المادة ٢/١٣ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢/١٤ من القانون المدنى السورى والمادة ٣/١٩ من القانون المدنى العراقى والمادة ٢/١٣ من القانون المدنى الليبى . ويدعم هذا الاتجاه ما

---

(١) Paris, 16 avaril, 1953, Rev. Crit. dr. int. Pr., 1956, 655 note Loussouran, Clunet , 1955, 128. Note ponsard.
وانظر كذلك فى هذا المعنى الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس فى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ منشور فى . Rev. Crit. droit. Int. Pr. 1969, P. 266 et.s

(٢) يرتب الطلاق والتطليق والانفصال الجسمانى آثار تتعلق بالعلاقات الشخصية بين الزوجين مثل نفقة العدة ومقابل المتعة والتعويض الذى تستحقه إن كان هناك خطأ فى جانب الطرف الأخر يستوجب إصلاحه وحق المرأة فى الاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزوجية .. ولمزيد من التفصيل ، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٨٤٤ ومابعدها.

(٣) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولى الخاص العربى جـ٣ ص ٢١٣ - ٢١٧ ، وفى عرض هذا الاتجاه L. Topor ، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٨ حيث تشير إلى أنه ما يجرى عليه العمل فى أسبانيا ولوكسمبورج وبعض ولايات الولايات المتحدة الأمريكية.

يحققه هذا الربط من فائدة عملية ، إذ يسمح بإخضاع مجموع النتائج الناشئة عن الطلاق لتشريع واحد .

وقد لاقى هذا الاتجاه قبولا فى القضاء الفرنسى منذ حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية "Riviére C. Roumiantzeff" الصادر فى ١٧ إبريل ١٩٥٣[١] . لاسيما فيما يتعلق بحضانة الأبناء الشرعيين[٢] . وقد قضى بذلك فى دعوى عرضت على القضاء المصرى، رفعها زوج بريطانى الجنسية ضد زوجته البريطانية الجنسية طلب فيها ضم ولديه إلى حضانته حيث قضت المحكمة بتطبيق القانون البريطانى على الحضانة باعتباره القانون الذى يحكم آثار الزواج وآثار التطليق سواء فيما بين الزوجين أو فى العلاقة بينهما وبين الأولاد[٣].

وقد سبق أن قلنا أن هذا الاتجاه فى التكييف والإسناد لا يتفق مع القانون المصرى باعتبار أن الحضانة ولاية شرعية تستقل عن

---

(١) Cour de cassation (Ch. Civ., 1re sect.)- (7 avril 1953, Rev. Crit. 1953. P. 412 note Batiffol, Clunet 1953, P. 860, note plaisant, J.C.P. 1953. 11. 7863, note Buchet.

حيث أخضعت المحكمة الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين مختلفى الجنسية، وتتمثل وقائع الدعوى فى أن امرأة روسية تزوجت بزوج من الإكوادور وتوطنا فيها حيث حدث بينهما خلاف حصلت على أثره على حكم بتطليقها عليه وعادت فتزوجت فى فرنسا بزوج فرنسى حيث أثير النزاع حول صحة هذا الحكم وآثاره والقانون الواجب التطبيق .

(٢) انظر L. Topor ، المرجع السابق ص ٨٢.

(٣) حكم محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية (أجانب) جلسة ١٦/١٠/١٩٥١ فى القضية رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ . وفى انتقاد خلط المحكمة بين القانون واجب التطبيق على آثار الزواج والقانون واجب التطبيق على آثار التطليق وعدم اتفاق ذلك مع القانون المصرى الذى خص آثار الزواج بقاعدة إسناد، وخص التطليق بقاعدة أخرى . الدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٦- ٧٧.

الزواج والطلاق بأحكامها فى الشريعة الإسلامية التى هى القانون واجب التطبيق فى وصف الحضانة .

فضلا عن أن مسايرة هذا الاتجاه معناه تغير التنظيم القانونى لحضانة الأولاد بتغيير القانون واجب التطبيق على انقضاء الزواج بتغير جنسية أو موطن الزوج - الأب مما يهدد الاستقرار المطلوب لتنشئة الصغار . ومن ثم تظهر المصلحة فى عدم الربط بين آثار الطلاق والانفصال والحضانة.(١)

الاتجاه الثالث: اخضاع الحضانة للقانون الذى يحكم النسب:

إذ اتجهت آراء غالبية الفقه إلى أن الحضانة التزام ناشئ عن النسب ، باعتبار أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه(٢) بصرف النظر عن العلاقات التى بين الوالدين فقد اتجهت آرائهم إلى إخضاع تنظيم الحضانة للقانون الشخصى للأب وقت ميلاد الولد(٣) بالنظر إلى أن الأب هو الذى أوجد الابن ، والى أن

---

(١) فى ابراز هذه المصلحة انظر حكم محكمة ستراسبورج الصادر فى ١٨ يناير ١٩٢٦ منشور فى Clunet سنة ١٩٢٧ ص ١٢٧.

(٢) انظر دكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره ص ٣٣٢ ودكتور عنايت عبد الحميد، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ص ٢٩١ ، ودكتور محمد كمال فهمى، أصول القانون ، مرجع سبق ذكره ص ٥٥٦، ودكتور هشام صادق، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ص ٥٦٥ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، مرجع سبق ذكره ص ٢٤٠.

(٣) دكتور محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، طبعة ١٩٥٥ ص ٤٣٨ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين ، دار المعارف ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ٢٣٩- ٢٤٠ ، دكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثامنة جـ٢ - ١٩٦٨ ص ٣٢٥ ، دكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ٥٧٦ ، دكتور عنايت عبد الحميد وآخرون ، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه فى القانون اليمنى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٤ ، ص ٣٠٠ .

إثبات البنوة يهم الأب أكثر من الابن[١] سواء كان هذا القانون هو قانون الموطن على نحو ما هو معروف فى الدول الأنجلوأمريكية، أم هو قانون الجنسية على نحو ما هو معروف فى مصر والبلاد الأوربية.

ويأخذ بهذا الحل بعض القوانين المقارنة، كالقانون الكويتى لعام ١٩٦١ (المادة ٤٣). ويدخل أصحاب هذا الاتجاه تحت لواء الاتجاه الأول القائل بأن الحضانة من آثار الزواج ويوجه اليه نفس الانتقادات.

فضلا عن أن الفارق بينهما فارق صياغى، لأنه لما كان من النادر أن يغير الزوج أو الأب جنسيته فى الفترة ما بين إبرام الزواج وإنجاب الأولاد ، فإن القانون واجب التطبيق سيكون دائما قانون دولة الزوج - الأب ، وقت إبرام الزواج - أو ميلاد الطفل ، الذى هو فى ذات الوقت قانون الأسرة القائمة . أما بعد التطليق أو الانفصال فقد تصدعت الأسرة ولا يكون لذلك القانون ما يدعم قدرته على تأمين حماية الطفل.[٢]

الاتجاه الرابع: إخضاع الحضانة للقانون الذى يحكم الولاية على المال:

إذ ذهب رأى قديم فى الفقه إلى أن تنازع القوانين الذى قد ينشأ بعد الطلاق بشأن الأطفال ، يتصل أساسا بالقانون الذى يحكم مسألة الولاية على مال الصغير[٣]. انتهى إلى إخضاع كل من

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء ، مرجع سبق ذكره ص ٧٩.
(٢) دكتور أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع ، ص ٨٤٧.
(٣) انظر : B. Batin : op. Cit., P. 312

المسألتين لقانون واحد ، ولم تخلو احكام القضاء من أثر لهذا الرأى إذ اتجهت بعض أحكام القضاء إلى أن القانون المدنى المصرى وقد جاء خاليا من نص يبين قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الحضانة فانه يتعين الرجوع إلى مبادئ القانون الدولى الخاص، تطبيقا للمادة ٢٤ مدنى مصرى، حيث انتهت إلى أن هذه المبادئ تعطى الحضانة للقانون الذى يحكم الولاية على مال الصغير(١) باعتباره الشخص الذى تجب حمايته إعمالا لنص المادة ١٦ من القانون المدنى المصرى التى نصت على أن "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته".

والحقيقة أنه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال إذ أن أحكام كل منهما تنبنى على اعتبارات غير الاعتبارات التى تنبنى عليها الأخرى(٢). ومن ثم تنصرف لفظه "الولاية الواردة بالمادة ١٦ مدنى مضافا إليها الوصاية والقوامة

---

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية فى دعوى رفعها ايطالى ضد زوجته الايطالية الجنسية طلب فيها ضم ولده إلى حضانته . الدعوى رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٠ وكذلك أحكام ذات المحكمة الصادرة فى أول مايو سنة ١٩٥١ فى القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ وفى أول يناير سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٩٥١ . مشار إليها لدى الدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد ، مرجع سبق ذكره ص ٧٥- ٧٦. وهو ما سارت عليه ذات المحكمة فى بعض أحكامها اللاحقة ، انظر حكمها فى ٣ نوفمبر ١٩٥٣ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٣ وحكمها فى ٢٧ أكتوبر ١٩٥٣ فى القضية رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ مشار إليهما بذات المرجع السابق ، ص ٧٧.

(٢) على النحو الذى بيناه فى الفصل الأول . وانظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص ٨٢.

إلى الولاية على المال وحسب.[(١)]

الاتجاه الخامس: إخضاع الحضانة لقانون الموطن الفعلى والعادى للطفل:

بالنظر إلى أن تحقيق مصلحة المحضون من المبادئ الأساسية التى تتعلق بالنظام العام، وجد اتجاه فى الفقه والتشريع إلى أن القانون الذى يحكم مسائل الحضانة ذات العنصر الأجنبى هو قانون الموطن المألوف "The Law Of The Childs' Habitual Residence" لاقامة الطفل المحضون[(٢)]. أى قانون المكان الذى تتركز فيه حياة الفرد "One's Centre Of Life" ، وتتركز فيه علاقاته. وهو ما يمكن الاستدلال عليه من خلال الظروف المحيطة بالطفل ، وعائلته ، والمجتمع الذى يعيش فيه.

ويستند هذا الاتجاه إلى أن الحضانة تؤثر على الحالة الشخصية للمحضون، وأن المعتاد أن تخضع المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لقانون المكان الذى يتوطن فيه الشخص[(٣)].

وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من القانون الإنجليزى[(٤)] والمادة ٧٧ من قانون الأهلية والحضانة رقم ٥٧٢٢ الصادر بإسرائيل عام ١٩٦٢[(٥)] وهو ما طبقته محكمة شرق برلين الابتدائية فى قضية

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سبق ذكره ص ٧٣٦.

(٢) A. Shapira: Private International Law, aspects Of Child Custody and Kidnapping cases: Recueil des cours. 1989, Vol II, T. 214. P. 149-150.

(٣) المرجع السابق .

(٤) Wolff : private International Law, 2^e ed. 1950, No. 369, P. 391.

(٥) A. Shapira, Op. cit., P. 149.

Josef Jundeff" بولندى الجنسية" ضد مطلقته "Sara" "اسرائيلية الجنسية" وأيدته محكمة الاستئناف "Kammergericht" فى ديسمبر ١٩٧٣ بشأن الزام مطلقة المدعى برد طفليهما إلى المانيا بعد أن هربت بهما إلى اسرائيل حفاظا على مصلحة الأولاد فى أن يكونوا فى رعاية ابيهم وحق الأب فى رؤية ورعاية ابناءه، تطبيقا للقانون الألمانى الشرقى باعتباره قانون الموطن المألوف والعادى الذى ولد وعاش الأطفال فيه (١).

الاتجاه السادس: اخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته:

على عكس الآراء السابقة ذهب رأى فى الفقه الحديث إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته ، وأن "البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار التطليق ، وهو فى مصر، قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، والقانون الشخصى للطفل أى قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته". ويبرر رأيه بأن:

- تطبيق القانون الأول يبرره "أن مشكلة الحضانة ، وكما يدل الواقع القضائى والعملى ، لا تثور إلا عند المنازعة وطلب حل رابطة الزوجية ويبدو البحث عن حلها كأثر من آثار انحلال الزواج وتدخل القضاء ولذلك يبدو واضحاً الطابع القضائى لتنظيم الحضانة" لاسيما وأن القضاء المصرى سبق وأن حكم بأن الاتفاق

---

(١) مشار اليه بالمرجع السابق ، ص ١٧٤.

الذى يعقده الزوجان المتنازعان على إسناد حضانة الأطفال إلى أحدهما لا يقيد المحكمة بقبوله إذ أن واجبها هو البحث عن صالح الأولاد وتعيين أى الوالدين الأكثر لياقة لحمايتهم ورعايتهم". ومن ثم فلا محل "للنظر إلى القانون الذى يحكم آثار الزواج خصوصا بعد أن زال الزواج نفسه، أو النظر على أنه أثر من آثار النسب ، لأن ما تثيره الحضانة من مسائل تبدو بعيدة عن فكرة آثار الزواج أو النسب" باعتبارهما من المسائل الأولية المفروغ منها وجوهرها "شرعية" الأولاد أو ثبوت "نسبهم" ، وليس من له الحق فى رعايتهم وتربيتهم .

- وأن تطبيق القانون الثانى، القانون الشخصى للطفل ، يبرره "أنه بعد الطلاق أو التطليق يكون الطفل هو "مركز الخطورة" فى الوضع القانونى الناشئ بخصوصه، وهو وضع يمس "حالته" وفى إطاره يتم بحث عدة أمور منها، سن الصغير وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها، وأهمها مصلحة الصغير البحتة . ولهذا لا يبدو غريباً أن نجد المادة ٩٣٦ من قانون المرافعات المصرى ، وهى من المواد التى تنظم الولاية على النفس التى تعد الحضانة أولى مراحلها، تنص على أنه "إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها ، عهدت بها إلى من يلى المحكوم عليه فيها وفقًا لقانون بلد المشمول بالولاية ...." فهذا النص صريح فى تطبيق قانون الطفل وعدم تجاهله ، باعتبار أن الأمر يدور حول رعايته".(١)

---

(١) رأى الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، مؤلف سيادته "علم قاعدة التنازع ، مرجع سبق ذكره ص ٨٤٨- ٨٤٩.

رأينا فى تحديد القانون واجب التطبيق لتنظيم الحضانة:

متى تحددت الطبيعة القانونية للحضانة وجب علينا أن نبحث فيما هو القانون الذى يكون أكثر ملاءمة للتطبيق بحسب هذه الطبيعة الخاصة.

فإذا كنا قد انتهينا إلى أن الحضانة فى القانون المصرى ولاية من الولايات الشرعية وأنها التزام مصدره القانون فان تحديد القانون واجب التطبيق يرتبط بتحليل عناصر العلاقة توصلا إلى مركز الثقل فيها لتحديد ضابط الإسناد المناسب وهو ما يمكن التوصل اليه بتحديد صاحب الحق فى الحضانة حتى يمكن تحديد ما إذا كان أولى بنا أن نطبق قانون الحاضن أم المحضون وبعبارة أخرى قانون من له الولاية أم من هو مشمول بها.

والحقيقة أن الفقه لم يتفق على رأى واحد بشأن هذه المسألة إلا أنه يمكن إجمالها فى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول: الحضانة حق لله تعالى :

ذهب رأى فى الفقه(١) إلى أن الحضانة حق لله تعالى، لأنها شرعت لحفظ النفوس ، وحفظها من حقوق الله تعالى.(٢)

وعليه فإذا أراد الحاضن أن يسقطها فلا تسقط ولكنه يجبر

---

(١) وهو رأى الأباضية وهم طائفة من الخوارج.

(٢) انظر كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش على متن شرح كتاب النيل وشفاء العليل لضياء الدين عبد العزيز اليمنى ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٣ هـ جـ٢ ص ٢٠٦ وكذلك الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٧.

عليها حينئذ مالم يكن هناك عذر شرعى يحول دون الوفاء بها، نظرا لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع.(١)

الاتجاه الثانى : الحضانة حق للمحضون :

ذهب رأى آخر(٢) إلى أن الحضانة حق للمحضون أخذا من قول الحق سبحانه وتعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"(٣) . إذ وإن كان نص الآية قد ورد على سبيل الاخبار(٤) إلا أنها يراد بها الأمر(٥) ومن ثم فلا يصح إسقاط الحاضنة للحضانة لأنها حق للصغير والانسان انما يملك اسقاط حقه لا اسقاط حق غيره(٦). وإذا كان الصغير يعجز

---

(١) انظر الدكتور نصر فريد، المرجع السابق ص ٦٢.

(٢) وهو رأى الأحناف والمالكية . انظر رد المحتار على الدر المختار شرح فى تنوير الأبصار للامام محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى ١٢٥٢هـ طبعة دار السعادة جـ/٢ ص ٦٩٠ وهو رأى الشافعية لاسيما إذا ما وجبت نفقة المحضون على الحاضن . انظر مغنى المحتاج الى معانى ألفاظ المنهاج – شرح الشيخ محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة٩٧٧هـ على متن المنهاج للنووى ص ٤٤٩ ومابعدها.

(٣) البقرة : ٢٣٣.

(٤) اى أن الجملة خبرية.

(٥) ومعلوم أن الأمر للوجوب مالم توجد قرينة صارفة ولا قرينة هنا تصرفه عن أصل مفاده.

(٦) انظر الدكتور ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط فى شرح قانون الاحوال الشخصية، ط ١٩٩٩ ص ٣٥٠ ، والشيخ احمد ابراهيم، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة نادى القضاة ١٤١٤ - ١٩٩٤ ص ٤٦٦. كما لا يجوز لها أن تخالع نفسها من زوجها على أن يبقى عنده ولدهما الصغير الذى فى سن الحضانة فى المدة المقررة لحضانة النساء. فالخلع صحيح والشرط باطل لا يعمل به. المرجع السابق والمادة ١٤٥ من قانون الأحوال الشخصية السودانى التى نصت على أنه "لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلى عن حضانة الأولاد ولا أى شىء من حقوقهم" والمادة ١١١ من قانون الأحوال الشخصية فى الأردن.

عن طلبها بنفسه فلوليه سلطة الإلزام بها شرعا من وجبت عليه وهى الأم ، لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا(١).

ويتفق هذا الاتجاه مع سابقه من حيث أثر الحكم المتعلق بالحضانة وهو أنه لا يجوز اسقاطها عن الحاضن وإن كانت حقا للمحضون ، لأن الحق فيها يعود إلى الله تعالى لأن الصغير لا يقدر على طلبه بنفسه وتركه يؤدى إلى هلاكه فيعود الحق لله.(٢)

وبهذا الرأى اخذت المحاكم الشرعية فى مصر فى بعض أحكامها. فقد قضى بأنه "من المقرر شرعا أن مدار الحضانة على نفع المحضون فمتى تحقق - وجب المصير إليه بدون التفات إلى حق الأب أو الحاضنة - فإذا بلغ الصغير سن الحضانة واستغنى عن خدمة النساء وأبى الأب ضمه اليه أجبر عليه وعزر - وإن تركته الحاضنة للأب قبل بلوغه السن لقاء مصلحة ذاتية كان عملها عملا باطلا فيهدر وتجبر على إمساك الولد متى كان فى امساكه مصلحته - كما أنها اذا حاولت ابقاءه بعد الاستغناء لا تجاب إليه رعاية لحق الصغير الذى يجب أن يعطى حينئذ للأب لإكمال تربيته وتعهده وحفظه واعداده للحياة النافعة".(٣)

---

(١) انظر فتح القدير لكمال بن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ ، طبعة مطبعة مصطفى محمد، جـ٣ ص ٢١٥.

(٢) انظر الدكتور نصر فريد، المرجع السابق ص ٦٣؟

(٣) حكم محكمة ميت غمر فى القضية ٢٣/٥٨٦ جلسة ٢٤/٥/٢٠ مشار اليه فى مؤلف احمد نصر الجندى ، مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م، دار الفكر العربى ، ص ٣٧٣ ، وقد أشار الحكم إلى البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام احمد بن يحيى المرتضى فى فقه الزيدية وغلى رد المحتار فى فقه الحنفية ، ورسالة الإبانة فى الحضانة.

وقد اضطرد القضاء فى أحكام كثيرة على أنه "يراعى الأصلح للولد ... لأن مدار الحضانة على نفع الولد".(١)

وعلى ذلك فاذا تعينت امرأة لحضانة الصغير بأن لم توجد حاضنة سواها من محارمه وامتنعت عن حضانته ، أجبرت عليها محافظة على الصغير(٢).

الاتجاه الثالث: الحضانة حق للحاضنة :

ذهب رأى ثالث إلى أن الحضانة حق للحاضن ، وإذا كانت حقا لها فيجوز لها إسقاطها . فاذا اسقطتها "لا تجبر عليها إلا بسبب شرعى خاص أى لضرورة حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامه فى أمور الحضانة على وجهها الشرعى الصحيح.

وعلى ذلك لا تجبر الأم على حضانة ابنها إذا تركت حقها فيها الا اذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط.(٣)

واستدلوا على هذا بأن قوله تعالى "فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى".(٤)

يدل على أن الأمر فى آية "والوالدات يرضعن أولادهن"

---

(١) قضية رقم ٧٣٠ لسنة ٤٤ الزقازيق جلسة ١٩٤٦/٢/٦ - المحاماة الشرعية السنة ١٨ ص ٢٦١ ، وكذلك رقم ٢٥ سنة ١٩٢٨ س ك المنصورة جلسة ١٩٣٠/٣/١٨ المحاماة الشرعية ، السنة الأولى ص ٧٠٠.

(٢) انظر الدكتور إبراهيم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٥٠-٢٥١.

(٣) وهم أصحاب الامام ابو حنيفة وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة والإمامية والإمام الثورى . انظر الدكتور نصر فريد ، المرجع السابق ، ص ٦٣.

(٤) الطلاق : ٦ .

للندب وليس للوجوب أو أنها محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر لأن الاتفاق فيما يلزم طبقا لقاعدة الإلزام الشرعية فى العقود لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب الوفاء به لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"(١) ولأننا إذا قلنا بإجبار الحاضنة على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها".(٢)

وعلى ذلك "فإذا كانت الأم فى حوزة وتحصين فهى أحق بالحضانة ...."(٣) وتأكيدا لحقها فى الامتناع عن الحضانة وأنها لا تجبر عليها قالوا أنه "اذا امتنعت الزوجة من حضانة ولدها انتقلت الحضانة لامهاتها"(٤) "فإذا امتنع من له الحضانة منها أو كان من له الحضانة غير أهل للحضانة انتقلت إلى من بعده"(٥).

إلا أن حق الحاضنة فى اسقاط الحضانة والامتناع عنها مقيد ذلك أن المحضون إن امتنع عن غيرها أو امتنع الغير من حضانته صارت الحضانة حقا للصغير فتخير الأم أو من عليه الحضانة

---

(١) المائدة : ١.
(٢) الدكتور : نصر فريد واصل، المرجع السابق ص ٦٤.
(٣) وهذا قول المالكية ، انظر مواهب لشرح مختصر خليل للامام ابن عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى المتوفى ٩٥٤هـ جـ٤ ص ٢١٤.
(٤) انظر فى فقه الشافعية شرح الغاية - للشيخ ابراهيم الشافعى البرماوى على شرح الغاية للعلامة ابن قاسم العزى - المطبعة الأزهرية - ط ١٣٢٤هـ ص ٣٧٧.
(٥) انظر الروض المربع بشرح زاد المستنقع للشيخ منصور بن يونس البهوتى (الحنبلى) المتوفى سنة ١٠٥١هـ طبعة الادارة العامة للمعاهد الأزهرية سنة ١٣٩٨هـ جـ٢ ص ٣٢٩ وكذلك كشاف القناع لنفس المؤلف ، مطبعة النصر الحديثة ، دون تاريخ ، جـ٣ ص ٣٢٦. وهذا ما أشار إليه فقهاء الشيعة الامامية . انظر الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ، تأليف الشيخ زين الدين الجبعى العاملى، ط/ ١٢٧٨هـ بأيران جـ/٢ ص ١٤١.

بأجرة المثل إن علمت وإلا فما رآه الحاكم".[١]

الاتجاه الرابع : الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا :

ذهب رأى رابع فى الفقه إلى أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، اى أن الحق فيها مقرر شرعا لهما معا.

وقد استند هؤلاء إلى أن للحاضنة أن تسقط الحضانة كما يشير إلى ذلك النص فى سورة الطلاق مما يثبت أن لها حقا فيها، إلا أن هذا الاسقاط لا يقبل فيما إذا لم يقبل المحضون غيرها أو كان أبوه لا يستطيع القيام بما يلزمه من أجر الحضانة - شريطة ألا يوجد من يتبرع بحضانته مجاناً - مما يعد دليلا على أن الحضانة حق ثابت للمحضون أيضا وبذلك يثبت أن الحق لهما معا فى الجملة.[٢]

الموازنة بين الاتجاهات الفقهية :

يتضح مما عرضناه أن الفقهاء وقد اتفقوا على وجود الحق فى الحضانة قد اختلفوا حول تحديد صاحب الحق فيها باختلافهم حول مدى جواز اسقاط الحضانة ممن هى بيده[٣] وهو ما يتوقف على تحديد مصدر الالتزام بها .

ويتضح أن الاتجاه الأول قد نسب الحق فى الحضانة لله تعالى باعتبار أن الحضانة ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على

---

(١) انظر في فقه الزيدية ، التاج المذهب لأحكام المذهب جـ٢ ص ٢٧١.

(٢) وهو رأى بعض المالكية والراجح عن الإباضية ، انظر الدكتور نصر فريد ، المرجع الساق ، ص ٦٤ ، والدكتور سمير عقبى ، المرجع السابق ص ٢١ .

(٣) انظر الدكتور نصر فريد ، المرجع السابق ص ٦١.

جهة الإلزام . وأن الاتجاهان الثانى والثالث قد اختلفا بين كون الحضانة حق للمحضون أو للحاضن بينما جمع الاتجاه الرابع بين سابقيه حيث حاول أصحابه التوفيق بينهما فجعلوا الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا وهنا نتساءل هل الحضانة حق لله أم حق للعبد؟.

والحقيقة أننا نميل إلى اتجاه فى الفقه يرى أن الحضانة حق مشترك بين الله والعباد، فهي من حقوق الله تعالى وفى نفس الوقت لها وجه لأن تكون حقا للحاضن إلا أن حق الله أظهر وأقوى. فهى حق للحاضنة لا يمكن لأحد أن ينتزعه منها إلا برضاها وبإسقاطها له لنص أية سورة الطلاق بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر للمحضون من أى جهة كان وهى بذلك تعتبر من حقوق العباد، وهى حق للمحضون لنص آية سورة المائدة ، إلا أن حق المحضون أقوى "لأنه اذا ترتب على تركها من الحاضن ضرر بالمحضون سقط حق الحاضن بحكم الشرع وبقى الحق للمحضون فقط وأجبرت الأم الحاضنة على حضانة ولدها حتى لا يضيع الولد لأن حق الولد هو حق الله الخالص الذى فيه إحياء للنفس التى استخلفها الله سبحانه وتعالى لعبادته وعمارة هذه الأرض .

وكون الحضانة حقا لله يحقق فى نفس الوقت أنها حق للعبد لأن إحياء الولد مصلحة له تتعلق بنفسه وذاته ولكن ذلك لا يتحقق على وجه الكمال، والتمام إلا بجعله حقا لله وللعبد مصلحة أكيدة فيه". (١)

---

(١) ويفسر هذا الوصف أن الحاضنة قد تتقاضى أجرا على حضانتها للمحضون ومعلوم أن الإنسان لا يتقاضى أجرا على ممارسته لحقه.

"وهذا الاتجاه فى الترجيح يحقق مصلحة الحاضن والمحضون معاً كما يتحقق معه مصلحة الأب والأم والولد معا وتحقيق هذه المصالح الثلاث عند التنازع فيها أمر يتعلق بالقاضى وفى جميع الأحوال يجب أن تتحقق مصلحة المحضون وتغلب على مصلحة الحاضن سواء كان ذلك الحاضن هو الأم أو الأب أو غيرهما ممن تتوفر فيه شروط الحضانة.[(١)]

ولكن إذا كانت الحضانة التزام على عاتق الحاضن فكيف تبرر انتقالها إلى غيرها؟

والحقيقة أن الحضانة وإن كانت حقا لله والتزام على عاتق الحاضن الا أنها فرض كفاية ومن ثم يمكن نقلها عند الضرورة وعدم الصلاحية ، لنقص الأهلية أو لعدم الامانة أو غير ذلك إلى من يلى الحاضنة فى الترتيب لأن العبرة فيها بتحقيق مصلحة المحضون التى هى مدار وجود هذا الحق .

والحقيقة أنه لا خلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية المقارنة فيمن تجب عليه الحضانة ، إذ أن رعاية الطفل واجبة على الأب والأم معا مادامت رابطة الزوجية - التى بينهما - قائمة لم تنفصم[(٢)] ، أما إذا انفصلا أو لم يكن بينهما علاقة زواج ، فإن الحضانة تجب عندئذ على الأم[(٣)] او من يحل محلها من

---

(١) الدكتور نصر فريد ، المرجع السابق ص ٦٥ - ٦٦ والدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ٢٣ - ٢٤.

(٢) U.K. Childern Act, 1989, C.41, S.2.

(٣) انظر:
Parenting rights and responsibilites U.K. Childern Act, 1989, C.41- S.2 (a).

النساء. هذا بينما تكون ولاية الحفظ والرعاية للأب أو لغيره من ذوى قرابته[١].

ولا تختلف هذه القوانين عما تقرر بالشرع الاسلامى حتى ولو ترك للوالدين تنظيم شئون حضانة ابنائهم باتفاق يبرم فيما بينهما باعتبارها مسألة إجرائية لازمة الاتباع للحصول على الحكم بايقاع الطلاق على النحو الذى نراه فى المادة ٤٥ من قانون اجراءات العائلة الصادر فى نيوزلندا عام ١٩٨٠ [٢] والمادة ١ من مجموعة قوانين ولاية انديانا بالولايات المتحدة الأمريكية[٣]. إذ لا يملك من عليه الالتزام بالحضانة التخلى عن مسئوليته التى يراعى فيها حق الطفل قبل غيره.

وبالنظر إلى ما رجحناه من أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا إلا أن حق المحضون فيه أقوى ، فاننا نرجح وضع قاعدة إسناد يكون ضابط الإسناد فيها مستمداً من جنسية الطفل ، ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى ينتمى إليه بجنسيته [٤] باعتباره القانون الأقرب إلى تحقيق مصلحته، على أن تتحدد جنسيته بوقت رفع دعوى الحضانة بالنظر إلى أن المركز القانونى للأطراف يتحدد فى هذه اللحظة.

---

(١)انظر الأمام محمد أبو زهره : الولاية على النفس - دار الفكر العربى ط ١٩٩٤ ، ص ٧ وكذلك الدكتور رشدى شحاته، المرجع السابق ص ١٣٢.

(٢) Family proceedings Act.

(٣) Indiana code Title 31, Article 1, Chapter 11.5, S.21 b.

(٤) فى تفضيل تطبيق قانون الطفل فى القانون السويدى . انظر :

L. Palsson : Rules, Problemes and Trends in Family Conflict Of Laws, Especialy In Sweden:" Recueil des cours 1986, IV, T. 99. p. 313. Espec P. 350-353.

ثانيا: نطاق القانون واجب التطبيق

إذا ما انتهينا إلى ترجيح أن القانون واجب التطبيق هو من حيث الأصل قانون جنسية الطفل – قانون موطنه أن لم تكن له جنسية – واحتياطيا قانون جنسية الحاضن إذا كان يحقق للصغير مصالح أكبر يتبقى السؤال عن النطاق الموضوعي للمسائل التى تخضع لهذا القانـــون ومن ثم تتحدد المسائل التى تخرج عن دائرة تطبيقه لتنظم بقوانين أخرى تشير إليها قواعد الإسناد المختلفة.

وتحديد ما يعد من المسائل الموضوعية التى تدخل فى نطاق القانون الذى ينظم الحضانة ، هو من التكييف القانونى الذى يخضع للقانون المصرى عملا بنص المادة ١٠ من القانون المدنى ولا خلاف فى أن من المسائل الموضوعية التى تخضع للقانون المشار إليه : زمن خضوعه للحضانة وتحديد من تثبت له الحضانة ومراتب الحواضن. فعلى سبيل المثال إذا ما عرض على القاضى المصرى نزاع بشأن حضانة طفل فرنسى الجنسية ومن أبوين فرنسيين فأن عليه الرجوع إلى القانون الفرنسى لتحديد لمن تثبت الحضانة واذا ثبتت للأم هل تنتقل عند اللزوم إلى الأب مباشرة أم إلى أم الأم وهكذا. والشروط التى يجب توافرها فى الحاضن والولى على نفس المحضون ما عدا شرط الأهلية، كما يخضع لهذا القانون مدى سلطان الحاضن على المحضون ومتى تنزع منها الحضانة وانتقالها وانتهائها ومسئولية الحاضن، وما إذا كان المحضون فى حاجة لتخصيص مسكن خاص بالحضانة بل وكذلك يرجع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان للحاضن الحق فى نشر

صـورة المحـضون واستغلالها وحجـز مراسـلاته والعنايـة بجـسده ومذكراته بعد وفاته[١]. وهـى مسائل قد تختلف أو تتقارب بشأنها النظم القانونية الوطنية إلا أنها ظاهرة فـى غير حاجة إلـى ايضاح على خلاف مسائل أخرى تحتاج منا إلى بعض التفصيل على النحو الآتى :

١ – رؤيـة المحـضون وزيارتـه ومـشكلة الـسفر ونقلـه غيـر المشروع:

مـن المقرر أن من المسائل التى تخضع للقانون واجـب التطبيق لتنظيم الحضانة حق والد المحضون أو الولى على النفس فـى رؤيـة المحـضون وزيارتـه[٢] ، إذ يتفـرع عـن الالتـزام بالحـضانة ان تمكـن الحاضـن لـلأب أو مـن ينـوب عنـه رؤيـة المحضون باعتباره حقا طبيعيا له وباعتباره أمرا ضروريا لمتابعة المحضون .

وكثيـرا مـا تثيـر هذه المسألة منازعـات بشأن تقييد حركـة الحاضـن بـسبب هذا الحق فيمـا يعـرف بتقييـد الـسفر بالمحـضون. وهـى مـسألة هامـة على المستوى الوطنـى وتتـضاعف أهميتها فـى

---

(١) C.F. A. Ponsard: Encyclopédie juridique Dalloz, Repertoire de droit Civil, T.IV. Puissance paternelle no 80 et suiv.
J. Carbonnier: Droit civil, T.I, (Introduction à Létude de droit et droit des personnes) paris, 1962, P. 665.

(٢) انظر :
J. Niboyet: Traité de droit international privé Français, Paris, T. V, ed. 1948, no 1517.

وكذلك :
Uniform, Child Custody Jurisdicion Act, Sect. 2-2.

العلاقات الاسرية ذات الطبيعة الدولية، إذ يثور عندئذ التساؤل عن حق الحاضنة الأجنبية فى السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية – سواء راجعة به إلى الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها أو إلى أى دولة أخرى – بما يعوق حق الأب فى رعاية ابنائه، سيما وأن سلطة الحاضنة لا تشمل سلطة رعاية الطفل من الناحية المالية ، ولا من ناحية التثقيف والتعليم .

وإذ لا يوجد نص فى هذا الشأن فمن الطبيعى أن نرجع للقواعد العامة فى القانون المصرى:

وفى هذه المسألة يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن للمرأة المستأمنة – الأجنبية – أن تغادر اقليم الدولة الإسلامية مع ولدها المشمول بحضانتها بعد الفرقة بينها وبين زوجها المستأمن(١).

أما إذا كانت الأجنبية زوجة لوطنى فإن الأمر يختلف إذ سيكون القانون واجب التطبيق عندئذ هو القانون المصرى للأحوال الشخصية. ومن المفرر فى هذا القانون إن التمييز بين ما إذا كانت الحاضنة أم المحضون أو غيرها. والتمييز بالنسبة للأم بين ما إذا كانت مازالت زوجة لابى المحضون ام هى مطلقة له واذا كانت مطلقة هل هى معتدة له أم قد انقضت عدتها، هى أمور هامة فى بيان المسألة.

(أ) فإن كانت الزوجية قائمة بين الأم الحاضنة وأبى المحضوں كان للزوج منعها من السفر والانتقال مطلقا.

---

(١) انظر فتح القدير جـ/٣ ص ٣١٩ ونهاية المحتاج جـ/٤ ص ٢١٤.

(ب) وأن كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن فليس لها السفر ولا الانتقال بالصغير مطلقا سواء أذنها الزوج بذلك أم لم يأذنها .

(ج) وأن كانت مطلقة انقضت عدتها وارادت ان تسافر بولدها فى أثناء مدة حضانته . وأراد أبوه منعها من ذلك فليس له منعها من أن تسافر بالولد إلى وطنها الذى تزوجها فيه ابو الولد وأن بعدت المسافة ان كان بلدا اسلاميا أما أن كان غير ذلك فلا يجوز لها السفر بالمحضون .

أما إذا كانت الحاضنة غير أم للمحضون فليس لها أن تنتقل بالولد من محل حضانته الا بأذن أبيه . كما أنه لا يجوز للأب اخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها مادام الولد فى حضانتها. إلا إذا سقطت حضانتها لتزوجها بأجنبى بعد انقضاء عدتها ولم يكن للصغير من يحضنه بعد أمه(١).

فإن خالفت الحاضنة هذه الأحكام بأن سافرت بالمحضون بقصد الإقامة به فى مكان بعيد بعداً لا يتمكن معه الوالد من الإشراف على ولده وتعليمه وتوجيهه والسعى عموما لمصلحته سقط حقها فى الحضانة أما إذا كان فى الإمكان ملاحظة المحصون والإشراف عليه فلا يستساغ نزع الولد من حاضنته. ورغم اختلاف الفقهاء فى المسألة فإننا نرجح أن العبرة بما يحقق مصلحة المحضون دون اضرار بوالده. لاسيما وقد تطورت وسائل

---

(١) لمزيد من التفاصيل . انظر الشيخ احمد إبراهيم:أحكام الأحوال الشخصية. مرجع سبق ذكره. ص ٦٠٤ ــ ٦٠٦ ، والدكتور سمير عقبى، مرجع سبق ذكره ص ١٢٤-١٣٧، وانظر نص المادة ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر سنة ١٩٥٣ والمادة ١٠٧ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة سنة ١٩٥٧.

المواصلات ، إلا أننا مازلنا مع القول بأن الانتقال من دولة أخرى رغم تطور وسائل الانتقال الدولى مايزال من المواصلات غير الميسورة للكافة ومن ثم لا يجوز الانتقال بالولد من دولة إلى أخرى لاضرار ذلك بالولد والوالد(١).

إلا أن هذه الأحكام لا تمنع من وقوع كثير من حالات السفر بالمحضون بقصد نقله أو اختطافه من جانب الوالد الذى ليس له الحضانة، سواء قبل أو بعد صدور حكم من جهة القضاء الوطنى بشأن من له الحضانة .

ولاشك أن لمثل هذا النقل اثاره على التكوين الاجتماعى والثقافى للطفل حيث تتهدده تغييرات كبيرة فى الظروف المحيطة به(٢) ولذا تسعى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تحقيق الاستقرار للطفل أثناء فترة حضانته واعادته إلى بيئته أو موطنه العادى بالتعاون بين السلطات القضائية فى الدول المختلفة بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة من السلطات المختصة وفقا للقانون المختص فى كل بلد بشأن حضانة الأطفال واعادتهم لموطنهم المعتاد.(٣)

---

(١) انظر الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربى ، ص ٤٩ – ٤٢٠.

(٢) فى عرض صور نقل الطفل من بيئته الاصلية . انظر :
A. Dyer: International Child Abduction by Parnts, Recueil de cours, 1980., T. 168, P. 248-250.

(٣) J.C. Cheshire and P.M. North, Private international Law, London, 11th ed. 1987, P. 714-736.
A.V. Dicey and J.C.H. Morris: Conflict of Laws, London. 11 th ed. 1987, P. 786-811.

ومن ذلك على مستوى الاتفاقيات الدولية اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل الموقعة فى نوفمبر ١٩٨٩ واتفاقية لاهاى للقانون الدولى الخاص بشأن الجوانب المدنية للخطف الدولى للأطفال الموقعة فى ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ والاتفاقية الأوروبية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الخاصة بحضانة الأطفال الموقعة فى لكسمبورج فى مايو ١٩٨٠.

وعلى مستوى الاتفاقيات الثنائية نجده فى الاتفاقية المصرية الاسترالية بشأن احترام حقوق الأطفال الذين يحملون جنسية أى من البلدين والجنسية المزدوجة للبلدين فى حالة انفصالهم عن أحد الوالدين أو كليهما أو قيام احد الوالدين بنقلهم من أحد البلدين إلى الآخر الموقعة فى القاهرة فى أكتوبر عام ٢٠٠٠.

وكذلك فى المادة ٢/٢٣ من الاتفاقية المصرية – الفرنسية بشأن التعاون القضائى (١) فى المواد المدنية التى نصت على أن "وتطبق أيضا على الأحكام الصادرة فى مواد الاحوال الشخصية وخاصة ما يتصل منها بالنفقة وحضانة الأطفال".

وكذلك المواد ٣٥، ٣٧ من نفس الاتفاقية بشأن تبادل المعلومات والبحث ، واتخاذ التدابير الملائمة فيما يتعلق بحضانة الصغار المنقولين دون سند من القانون وكفالة التسليم الطوعى للصغير أو لتيسير الوصول إلى حل ودى ، وضمان تنظيم حق الرؤية ، واصدار الأمر القضائى بتسليم الصغير إلى الدولة التى

F. Bates: Child Abduction: Australiàn Law in international context, 37 int. & Comp. L.Q., 1988 P. 945.

(١) الموقعة بباريس فى ١٩٨٢/٣/١٥.

يتبعها من بيده حكم قضائى واجب النفاذ . وهو ما تكرره المادة ٢٠ بشأن حماية القصر من الاتفاقية المصرية – المجرية بشأن التعاون القضائى فى المواد المدنية[١].

٢ – اجرة الحضانة :

يتجه الفقه إلى أن اجرة الحضانة مما يخضع للقانـــون واجب التطبيق لتنظيم الحضانة لكن ما هو المقصود بالاجرة المشار إليها ؟

تمييز أجرة الحضانة عن نفقة الزوجية وأثره على القانون واجب التطبيق:

إذا كان تحديد ما يعد اجرا مقابل الحضانة مسألة تكييف مما يخضع للقانون المصرى، فإننا نرى أن نميز بين اجرة الحضانة وغيرها مما قد يختلط بها من الحقوق المالية التى تتقرر للحاضنة تجاه والد المحضون أو من تلزمه النفقة على الصغير .

إذ يفرق الفقة بين ثلاث واجبات على من يلتزم بالانفاق على المحضون:

١ - ما يتعلق بالاجرة المستحقة للرضاع وهذه بطبيعتها تختلف عن ولاية الحضانة[٢] وما يقابلها من اجر .

٢ - ما يختص بنفقة المحضون وهذه تشمل مأكله ومشربه وملبسه إلى غير ذلك مما تتطلبه الحياة الضرورية وذلك أمر مما يبحث فى نطاق النفقات.

---

(١) الموقعة فى ٢٦ مارس ١٩٩٦.

(٢) ذلك أن الحضانة ولاية حفظ وتربية بينما الرضاع ما هو الا أمرا مادى يمكن أن تقوم به الأم أو غيرها من النساء المرضعات.

٣ - ما يتعلق بأجرة الحضانة وهى المقابل المادى الذى يجعل نظير رعاية المحضون وحفظه وتنميته وتربيته ، وهذه أمور معنوية تتحقق بالمتابعة.[١]

وهذا الأخير هو محل البحث هنا لتحديده وبيان السبب فى اخضاعه للقانون المنظم لمسائل الحضانة.

ويقتضى التمييز بين اجرة الحضانة وغيرها التمييز بين ما تحصل عليه الحاضنة حال كونها أما للمحضون وزوجا لابيه وحال كونها مطلقة لابيه بعد انقضاء عدتها أو غير أم المحضون.

١ – فجمهور الفقه على أن ما تتقاضاه الأم الحاضنة حال كونها زوجا لأبى المحضون ليس من قبيل اجرة الحضانة وانما من قبيل النفقة الزوجية[٢].

---

(١) الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق، ص ١٦١ ، والدكتور محمد فرحات، أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، ط ١٩٩١-١٩٩٢ أول ص ٥٩٧.

(٢) لوجوب الحضانة عليها ديانة. فضلا عن أنها تستحق النفقة على الأب فلا يجمع عليه بين واجبين . إذا لو قلنا بغير ذلك لكان واجبا على الزوج أن يؤدى لزوجته نفقة للحضانة ونفقة للزوجية ولا ريب فى أن ذلك تكليفا بغير مستطاع مما قد يؤثر على العلاقة بين الزوجين وعلى الرغبة فى الانجاب وهو مما يخالف مقاصد الزواج .

كما أن المعنى الذى وجبت من أجله أجرة الحضانة هو نتيجة تفرغها للمحضون ورعايته لها فهى كالجزاء على ذلك ، فاذا كانت الحاضنة هى اما للمحضون وزوجة لابيه ومتفرغة للعلاقة الزوجية وما تنتجه من ثمار، وبالتالى مستحقة للانفاق عليها، فانه ليس من المعهود أن نحكم بمضاعفة أوجه الانفاق على الأب فى كنف الحياة الزوجية علما باتحاد سبب وجوب الانفاق.

هذا فضلا عن أنه لا يوجد ثمة فارق بين الأب والأم فى رعاية المحضون والقيام على ما يلزمه بيد أن المشرع الحكيم قد جعل جانب الانفاق على الأب على سبيل التكليف . وذلك فى الحالات التى تحتم ذلك على سبيل الصيانة للأسرة والمحافظة عليها أما الحالات التى لا تقتضى ذلك فلا يتحقق سبب وجوب النفقة عليه. فاذا كان

وهو ما نص عليه ضمنا بالمادة ١٦٠ من قانون الاحوال الشخصية الأردنى التى تقرر أنه "لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية".

ومن ثم يخضع ما تحصل عليه الأم حال فيام الزوجية للقانون الذى يحكم النفقة الزوجية ، وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج باعتبارها أثراً من آثار الزواج عملا بقاعدة التنازع التى وردت بالمادة ١٣ من القانون المدنى المصرى.

٢ - أما إذا كانت مطلقة لأبى المحضون فهى أما أن تكون معتدة من طلاق رجعى أو بائن فان كان الأول فان ما تحصل عليه فى فترة العدة يأخذ وصف الحالة السابقة ويخضع للقانون

الزوج مكلفا بالانفاق على زوجه ملتزما بالقيام على شئونها فليس هناك ما يدعو إلى إلزامه بنفقة أخرى لمن تحضنه من أولادها منه.
وهو رأى الأحناف على إحدى الروايتين :
انظر رد المحتار على الدر المختار، مرجع سبق ذكره جـ/٣ ص ٦١٥.
وكذلك الدر المختار شرح تنوير الابصار للامام الحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ مطبوع على هامش رد المحتار لابن عابدين – طبعة المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ شرحا لتنوير الأبصار للتمرتاشى حيث قال "وتستحق الحاضنة اجرة الحضانة، إذا لم تكن منكوحة، ولا معتدة لابيه".
وفى الفقه الشافعى : حاشية البيجرمى على المنهج المسماة "التجريد لنفع العبيد" للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البيجرمى المتوفى سنة ١٢٢١هـ على شرح منهج الطلاب للنووى – مطبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٦٩هـ جـ٤ ص ١٢١.
وفى الفقه المالكى: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير – لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى المتوفى سنة ١٢٣٠هـ - المطبعة الأزهرية بمصر جـ/٢ ص ٥٤٢.وفى الفقه الحديث انظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٦٦، والدكتور محمد نور فرحات المرجع السابق ص ٥٩٦، والدكتور محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى ، دار الكتاب العربى ، ط ١٣٧٨هـ - ص ٤١٠، والدكتور زكريا البرى ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية فى الفقه والقانون ، المرجع السابق ص ٢١٩.

المشار إليه فيها[١] ، وان كانت من الثانى فان ما تحصل عليه ليس اجرا للحضانة بل هو نفقة عدة[٢]. والمتفق عليه بين فقهاء القانون أن النفقة المشار إليها من آثار الطلاق ، ومن ثم تخضع للقانون الذى يحكم الطلاق والتطليق والانفصال وهو قانون جنسية الزوج (الأب للمحضون) وقت إيقاع الطلاق أو رفع دعوى التطليق أو الانفصال إعمالا لقاعدة التنازع الواردة بالمادة ٢/١٣ من القانون المدنى المصرى[٣]. والمادة ٤/١٨ من القانون الدولى الخاص الألمانى والمادة ٢/١٣ من مجموعة القانون الدولى الخاص التركى والمادة ٨ من اتفاقية لاهاى حول القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة[٤].

٣ - أما إذا كانت الحاضنة غير أم للمحضون أو أمه المطلقة بعد انقضاء عدتها فإننا نميل إلى ترجيح أن ما تستحقه آنذاك

---

(١) انظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٦٢، والدكتور بدران ابو العينين حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨١ ص ٧٤، وانظر نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من كلام سيد الاخيار للشيخ محمد بن محمد الشوكانى ، مطبعة مصطفى الحلبى ، الطبعة الثانية سنة ١٣٧١هـ - ١٩٥٢ جـ/٦ ص ٣٠١ وكذا فتح القدير للامام الكمال بن الهمام ، طبعة مصطفى محمد جـ/٣ ص ٣٢٩ وفيهما ترجيح لرأى الحنفية.

(٢) على الرأى الراجح لدينا لوجود خلاف فى الفقه حول استحقاق المعتدة لاجرة الحضانة. انظر نيل الأوطار ، مرجع سبق ذكره وفتح القدير، مرجع سبق ذكره، والدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٦٨. وهو الاتجاه الذى رجحه المشرع السودانى بالمادة ١٢٥/أ من قانون الأحوال الشخصية . والمادة ٢/١٦٠ من قانون الأحوال الشخصية الأردنى .

(٣) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٨٤٤ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ٢٤٩ ، والدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٤) المبرمة فى ٢ أكتوبر ١٩٧٣ التى نصت على أنه "استثناء على المادة ٤ .. فان القانون واجب التطبيق على التطليق يحكم داخل الدولة المتعاقدة او داخل تلك التى حكمت بالتطليق أو اعترفت به التزامات النفقة بين الزوجين المطلقين".

مقابل احتباسها على مصالح المحضون وتفرغها للانشغال بشئونه ومتابعتها لمسيرة حياته ليست بالنفقة[١] ولا شبه النفقة[٢] إذ أن المطلقة بعد انتهاء عدتها وكذلك غير الأم لا نفقة لها على والد المحضون أو من يلزمه الأنفاق عليه.

بل هى اجرة حضانة[٣] حيث قضى بأن "الحضانة عمل تؤديه الحاضنة ... وليست نفقة أو شبه نفقة"[٤] وبأن "أجرة الحضانة مقابل عمل" "فإذا قامت أم الصغير بحضانته .. فتستحق الأجرة من تاريخ انقضاء عدتها..".[٥]

"والمنصوص عليه شرعا أن أجرة الحضانة ليست أجرة محضة بل هى أجرة فيها معنى المؤونة لأنها جزاء الاحتباس لأجل الصغير".[٦]

---

(١) رأى الدكتور محمد فرحات، المرجع السابق ، ص ٥٩٥.

(٢) رأى الدكتور إبراهيم عبد الرحمن، الوسيط فى شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره ص ٣٥٤.

(٣) اختلف الفقه فى استحقاق كل من الأم المطلقة التى انقضت عدتها وغير الأم لاجر الحضانة على رأيين الأول أنها لا تستحق اجرة الحضانة وهو قول المالكية ، انظر الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك للأمام احمد بن محمد الدردير ، ط ١٩٧٧ جـ/١ ص ٤٥٥ وانها تستحق اجرة الحضانة وهو قول الأحناف وبعض المالكية وجمهور الشافعية والأباضية ، انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين مرجع سبق ذكره،جـ/٢ ص ٦٥٣ ومابعدها. وانظر الدكتور سمير عقبى، المرجع السابق ص ١٧٠، وانظر الدكتور محمد فرحات، المرجع السابق ، ص ٥٩٦ .

(٤) حكم محكمة الإسكندرية فى القضية رقم ٦٤٧ لسنة ١٩٣٨ جلسة ١٩٣٩/١١/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١١ العدد ٥ ص ٦٣.

(٥) حكم محكمة مستانف كلى مصر للأحوال الشخصية فى القضية رقم ١٤١٣ لسنة ١٩٣٧ جلسة ١٩٣٨/١/١٤ المحاماة الشرعية – السنة التاسعة ص ٨٣٠.

(٦) انظر حكم محكمة المنصورة الكلية فى القضية رقم ٩١٠ لسنة ٣٢ ش ك المنصورة – جلسة ١٩٣٤/٢/٩ – المخاماة الشرعية السنة الخامسة ص ٥٦٠،

اعتبار أجرة الحضانة فى حكم الديون الشخصية وأثره على القانون واجب التطبيق :

وعلى ذلك فأجرة الحضانة فى هذه الحالات بمثابة الدين[١] أو الحق الشخصى الذى يترتب للحاضنة فى ذمة من تجب عليه نفقة الصغير وتأخذ حكم الديون الشخصية. ومن ثم تخضع للقانون الذى يحكم المنازعات بشأن الديون الشخصية. وهو وفقا للرأى الراجح فى الفقه الحديث القانون الذى يحكم العلاقة بين الطرفين. أى للقانون الذى يطبق على الحضانة[٢] وذلك خلافا لما كان سائدا لدى الفقه التقليدى[٣] من أنه القانون الشخصى للمدين، أى قانون الملتزم باجر الحضانة.

ثالثا: المجال المحجوز للقانون الوطنى للقاضى:

إن ملاحظة أحكام المحاكم بشأن منازعات الحضانة، ولاسيما فى الأحوال التى ينفصل فيها والدا المحضون بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسمانى، تكشف عن أن قانون القاضى غالبا ما يطبق فى بعض المسائل سواء لدخول المسألة فى نطاق قانون القاضى أو لوجوب تطبيق هذا القانون استنادا إلى ما يؤدى إليه تطبيق قواعد تنازع القوانين.

وحكم محكمة أجا فى القضية رقم ١٩٣٦/٤٨ – جلسة ١٩٣٦/١٢/٢١ – المحاماة الشرعية السنة العاشرة ص ٣٧٠.

(١) انظر الدكتور زكريا البرى ، المرجع السابق ص ٢٢٠.

(٢) انظر الدكتور هشام على صادق، موجز القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ومركز الأجانب ، الدار الجامعية بالإسكندرية ، ط ١٩٨٦ ص ٣٨٠ – ٣٨١، والدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص ، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٢ .

(٣) انظر فى الفقه التقليدى الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ص ٣١٦ .

تطبيق قانون القاضى لدخول المسألة فى النطاق الإقليمى لتطبيقه:

قد تتجه المحكمة عند نظر دعوى الحضانة بشأن الأجانب إلى تطبيق القانون الوطنى للقاضى استنادا إلى مبدأ إقليمية قواعد القانون العام أو اقليمية قواعد قانون العقوبات أو لوجوب تطبيق قاعدة من قواعد الأمن والبوليس. وهو ما نفصله فيمايلى :

١ - مبدأ إقليمية قواعد القانون العام :

تظهر أهمية هذا المبدأ مثلا عندما ترغب حاضنة أجنبية مقيمة فى مصر فى استعادة حضانة طفلها الذى فى سن الحضانة، بعد أن كانت قد تنازلت عن حضانته وفقا للقانون الأجنبى واجب التطبيق الذى يسمح بذلك، أو يريد الأب الأجنبى طلب رؤية ابنه الذى بحضانة أمه الأجنبية المقيمة فى مصر فإن على كل منهما أن يتبع الإجراءات والنظم القانونية المحددة فى القانون المصرى للتداعى أمام القضاء ، أو السلطات المختصة، تلك الإجراءات والنظم التى تلزم كل من يقيم فى الدولة بصرف النظر عما اذا كان وطنى أم أجنبى ، حيث تنص المادة ٢٢ من القانون المدنى على أن "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات' قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

ففى تحديد الأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة ذهبت محكمة النقض المصرية إلى "أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها وأن هذه القواعد تعد من

قواعد القانون العام اللازمة لمباشرة هذه الوظيفة شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها هى حماية الحقوق الخاصة ، وأنها بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسرى على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أجنبى أو أكثر من العناصر الأجنبية ....."[١] وهو ما تسير عليه تشريعات العديد من الدول الأوربية والعربية ومن ذلك نص المادة ٦٣ من القانون الدولى الخاص المجرى الصادر سنة ١٩٧٩ والمادة ١/١٥٩ من مجموعة القانون الدولى الخاص الرومانى الصادر سنة ١٩٩٢ والمادة ٢٣ من القانون المدنى السورى والمادة ٣٣ من القانون المدنى اليمنى الصادر سنة ١٩٩٢ .

هذا إلا اذا وجد تنظيم آخر تنص عليه اتفاقية دولية أو ثنائية بين الدول التى يتبعها القاضى والدولة التى يتبعها الأجنبى، إذ سيكون على القاضى عندئذ تطبيق القواعد الواردة بالاتفاقية".

ومن ذلك مثلا الإجراءات الخاصة بحضانة الصغار التى تضمنتها المادة ٣٥ من الاتفاقية المصرية - الفرنسية الموقعة بباريس فى ١٥ مارس ١٩٨٢ حيث ألزمت السلطة المركزية فى البلدين:

أ - بتبادل المعلومات المتعلقة بالتدابير المتخذة لحضانة الصغار

---

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٣ مارس ١٩٧١ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٣٧١ ، وفى تأسيس تطبيق قواعد قانون المرافعات على جميع المنازعات التى تعرض على القضاء المصرى على سند من صلة هذه القواعد بالنظام العام ، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، فقه المرافعات المدنية الدولية ، ، المرجع السابق ، ص ٤٢٧ هامش (٢).

أو لحمايتهم وبتطبيق هذه التدابير وبالظروف المعيشية المادية والمعنوية لهؤلاء الصغار .

ب - تبادل البحث على إقليمها عن الصغار المنقولين دون سند من القانون .

ج - اتخاذ التدبير الملائم أو العمل على اتخاذه سواء لكفالة التسليم الطوعى للصغير أو لتيسير الوصول إلى حل ودى.

د - اتخاذ إجراء قضائى عاجل مباشرة أو تيسير اتخاذه لاستعادة الصغير، وفى سبيل ذلك، يكون للسلطات المركزية أن توجه الطلبات الرامية إلى الاعتراف بالأحكام القضائية الخاصة بحضانة الصغار أو تنفيذها.

هـ - التعاون من أجل تنظيم حق الرؤية وتدبير الإيواء لصالح القريب غير الحاضن ومن أجل تذليل كل عقبة قانونية تعترضه ، وكفالة احترام الشروط الموضوعة سواء من قبل الهيئات المختصة أو التى التزم بها الخصوم ، لإعمال حق الرؤية وحرية ممارسته".

وبالإجراءات التى نصت عليها المواد ٣٦، ٣٧ منها حيث تنص على أن "تفصل السلطات القضائية فى الأمر المرفوع إليها بموجب المادة السابقة على وجه السرعة. وإذا لم تفصل هذه السلطات فى أجل غايته ستة أسابيع من تاريخ رفع الأمر إليها يكون على السلطة المركزية فى الدولة المطلوب إليها أن تحيط السلطة المركزية فى الدولة الطالبة علما بذلك مع افادتها بأسبابه".

وأنه "إذا حدث انتقال للصغير بالمخالفة لحكم قضائى واجب

النفاذ صادر من المحكمة المختصة بالحضانة بالمعنى الوارد فى الفقرة الثامنة من المادة ٢٦ من هذه الاتفاقية، تأمر السلطة القضائية فى دولة الملجأ ، بصفة احتياطية، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الانتقال وبالعودة الفورية للصغير.

ويتعين على السلطة القضائية التى تنظر طلب تسليم الصغير ودعوى بتعديل حق الحضانة، أن تفصل أولا فى طلب تسليم الصغير طبقا لأحكام هذه المادة".

وهى نفس الإجراءات التى نصت عليها الاتفاقية المصرية - المغربية بشأن التعاون القضائى فى مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة فى القاهرة بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٩٨ فى موادها ١٢ ، ١٣ ، ١٤، ١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، وهو ما يمكن أن نراه أيضا فى الاتفاقية الفرنسية - البلجيكية الموقعة فى ١٧ يوليو ١٩٢٥ بشأن ترتيب إعادة الصغار الذين يتم نقلهم تحايلا على أحكام الحضانة التى تتقرر لأحد الوالدين، فإذا نقل طفل بلجيكى إلى فرنسا فعلى النيابة البلجيكية بعد تلقى الطلب من المتضرر وفحصه أن تحيل الملف إلى النيابة الفرنسية المختصة التى يوجد بدائرتها الطفل المنقول حيث ترفع الأخيرة الأمر إلى رئيس المحكمة ليستدعى الصغير ومن هو مقيم لديه لمناقشته ولاتخاذ الإجراء الذى يحقق مصلحة الطفل(١).

وأخيرا نلاحظ أنه لما كان تحديد الوصف القانونى للمسألة

---

(١) Arrangement Conclu Le 17 Juillet 1925, entre la France et l Belgique, du rapatriement des mineurs qui se sont soustraits à L'autorité paternelle ou Tutélaire, Clunet, 1926, P. 833.

يتوقف عليه تحديد القانون المختص، فان اعتبار المسألة من المسائل الموضوعية للحضانة، ومن ثم إخضاعها للقانون الذى ينظمها أو من المسائل الإجرائية التى تتعلق بقواعد القانون العام ومن ثم إخضاعها لقانون القاضى، أو للقواعد القانونية التى تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو الدولية ، هى مسألة تكييف يرجع فى شأنها بالضرورة لقانون القاضى(١).

٢ ـ مبدأ إقليمية قواعد قانون العقوبات :

من المستقر عليه أن الأجانب مثلهم مثل مواطنى الدولة فى الخضوع لقواعد قانون العقوبات الوطنى الذى يحمى بنصوصه الحق فى الحضانة وأجرة الحضانة .

إذ تنص المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات المصرى على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه ، وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه".

كما تنص المادة ٢٩٣ بشأن حماية أجرة الحضانة على أن

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، فقه المرافعات ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ ومابعدها، والدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضى، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، وفى الفقه الأجنبى :

F. Rigaux : La théorie des qualifications ed. L.G.D.J., Paris, 1956, P. 345.

"كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين". وهو نفس الاتجاه الذى اتبعه المشرع الفرنسى بالمادة ٣٥٧ من قانون العقوبات الفرنسى(١). وهى الجرائم التى اهتمت بها اتفاقية لاهاى للجوانب المدنية للاختطاف الدولى للأطفال الصادرة فى ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠.

إذ يلاحظ أن المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الحضانة تتعلق بمواطنى الدولة – من المصريين فى مصر أو الفرنسيين فى فرنسا – أم تتعلق بأجانب عنها. ومن ثم تطبق النصوص المشار إليها على كل من يقيم على الإقليم الوطنى ، طالما ارتكبت الجريمة فى هذا الإقليم ، لما تحققه من أهداف اجتماعية يتغياها المشرع، بصرف النظر عن جنسية مرتكبيها وعما إذا كانت قوانينهم الشخصية تتضمن النص على هذه الجريمة أم لم تتضمنها . وسواء كانت العلاقة الزوجية بين والدى المحضون مستمرة أم انقضت بالطلاق او التطليق أو الانفصال .

ولكن هل يطبق هذه النصوص بشأن أحكام صادرة بالحضانة أو أجرة الحضانة من محاكم دولة أجنبية؟

لا جدال فى أن هذه النصوص إقليمية التطبيق قابلة لأن تطبق بشأن أحكام الحضانة أو أجرة الحضانة الصادرة من المحاكم

---

(١) فى عرض المسألة فى ضوء أحكام القضاء الجنائى الفرنسى انظر :
L. Topor: op.cit., P. 237.

الأجنبيـة إذا مـا قـدمت للتنفيـذ أمـام المحـاكم والـسلطات القـضائية الوطنية إذ بمجرد صدور الأمـر بالتنفيذ، بعد التأكد من صدورها صـحيحة مـن الوجهـة الدوليـة ومـن عـدم مخالفتهـا للنظـام العـام[١] تحوز هذه الأحكام القوة التنفيذيـة مثلهـا مثل الأحكام الـصادرة مـن المحاكم الوطنية.

٣ ـ مبدأ إقليمية القواعد القانونية ذات التطبيق الضرورى :

من المستقر عليـه فـى قـضاء المحـاكم أن القواعـد القانونيـة المتعلقة بـالأمن والبـوليس أو مـا يطلـق عليـه القواعد ذات التطبيـق الـضرورى هـى قواعد آمرة ، واجبـة التطبيق علـى كافـة الـروابط القانونية التى تدخل فـى مجال سريانها، أيا كانت طبيعتهـا ، وطنية أم دولية ، وفى ذلك تنص المادة ١/٣ من القـانون المدنى الفرنـسى علـى أن "قوانين البوليس والأمن ملزمـة لكل من يقطن الإقليم"[٢]. فهـى تهـدف إلـى تحقيـق الحمايـة اللازمـة للنظـام القـانونى لمجتمـع القاضى.

وقـد اتجهت المحـاكم الفرنـسية إلـى هذه الفكـرة لتتوسـع فـى تطبيـق القـانون الفرنـسى بـشأن مـشكلات الحـضانة بـين الأجانـب المقيمين فى فرنسا .

ففى حكم قديم لمحكمـة السين سنة ١٩٠٤ استندت المحكمـة

---

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٦ إبريل ١٩٥٤ أشار إليه الدكتور جابر جاد، القانون الدولى الخاص العربى ..... مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦ هامش ١.

(٢) انظر فى تحديد معيار مـا يدخل فـى القواعد ذات التطبيـق الـضرورى ، الدكتور أحمد عبد الكريم، سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى، وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص، دراسة تحليلية تطبيقيـة ، الطبعة الأولـى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥، ص ٧١ ومابعدها.

إلى نص المادة الثالثة من القانون المدنى السالف ذكرها، لتقرر أن التنظيم النهائى للحضانة فى حالة الانفصال بين الوالدين الواردة بالمادة ٣٠٢ من ذات القانون هو من القواعد المتعلقة بالأمن والبوليس ، ومن ثم انتهت إلى تطبيقها على أطراف النزاع من الأجانب[١]. وهو ما اتبعته محكمة باريس بعد ذلك فى حكم لها سنة ١٩١٩[٢] عندما أخضعت النزاع حول حضانة طفل طبيعى ولد فى فرنسا ويتوطن فيها ، من أب أسبانى اعترف ببنوته فى مستند إثبات ميلاده "Act de naissance" ، وأم فرنسية اعترفت ببنوته فى تاريخ لاحق، للقانون الفرنسى. فقد رأت المحكمة أن مسألة التمتع بالحق فى حضانة الصغير مما يتعلق بالقواعد ذات التطبيق الضرورى أو على حد تعبيرها "بالنظام العام الاقليمى" ، ومن ثم طبقت المادة ٢/٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز للقاضى أن يجعل الحضانة للأم فى هذه الحالة على الرغم من تأخر اعترافها بطفلها طالما كان فى ذلك ما يحقق مصلحة الطفل. وقد تأكد هذا الاتجاه بعد ذلك فى العديد من الأحكام الصادرة بشأن الحضانة[٣] إلا أنها كانت محل انتقاد من معظم الفقهاء الفرنسيين[٤].

إذ أن فيما اتجهت إليه المحاكم ما يؤدى إلى استبعاد مسألة

---

(١) Trib. Civ. Seine, 29 nov. 1904, Cluent, 1905, P. 187.

(٢) Paris, 7 mai 1919, Rev. crit. dr. int. Privè, 1919 P. 134.

(٣) انظر حكم محكمة باريس فى ٢٣ أكتوبر ١٩٥٩ منشور فى Cluent سنة ١٩٦٠ ص ٨٢٠.

(٤) H. Batiffol conflit de lois, Re. Crit. Dr. int. pr. 1937, P. 419 espec. P. 430, J. Niboyet, Cours de droit international privè francais, Paris, 2e èd. 1949, P. 565.
G. Marty, op.cit., P. 360, L. Topor., op.cit., P. 241

الحضانة وسلطة الحاضن من الخضوع لأى قانون أجنبى. فضلا عن أن فيه خلط بين الإجراءات التحفظية للحضانة Les mesures de garde provisioire التى تخضع للقانون الوطنى للقاضى والإجراءات والترتيبات النهائية للحضانة التى تخضع لقانون قد يكون أجنبى لتنظيمها[١].

تطبيق قانون القاضى تطبيقا لقواعد تنازع القوانين:

١ - مخالفة النظام العام:

قد يطبق قانون القاضى لمخالفة القانون الأجنبى للنظام العام أو الغش نحو قانون القاضى أو استنادا للاختصاص الاحتياطى لهذا القانون عندما لا يتضمن القانون الأجنبى أى تنظيم للحضانة[٢] ومع ذلك فإن ما يمكن أن يتكرر هو الاستخدام الاستثنائى للنظام العام لتبرير تطبيق القانون الوطنى للقاضى.

وأكثر ما تطبق بشأنه فكرة النظام العام، حالات بطلان الاتفاق بين والدى الطفل على تنازل أحدهما للآخر عن الحضانة بالمخالفة للقانون[٣].

ومن حالات مخالفة النظام العام أن يفضل القانون الأجنبى

---

(١) G. Holleaux: note, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1952, P. 739. Spec. P. 743-744.

(٢) انظر :

Batiffol, Traitè, Op. Cit., P. 394.

(٣) انظر حكم محكمة السين سنة ١٩٣٣ فى النزاع حول تنفيذ اتفاق حضانة بين مطلقين من أمارة موناكو حيث رفضت المحكمة تنفيذ الاتفاق لعدم اتفاقه مع أى من المبادئ التى تكون النظام العام فى فرنسا .

Trib. Civ. Seine, 6 dec. 1933, Cluent, 1935, P. 79.

اعطاء الحضانة للأب دون الأم بالمخالفة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة حين يتضمن هذا القانون تمييز ضد الأم بالنظر إلى جنسها كامرأة[١]. وكذلك لو جاءت أحكام القانون الأجنبى مخالفة لمبدأ تحقيق مصلحة المحضون بمفهومه السائد فى النظام القانونى للقاضى.

وإعمالا لفكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام قضى بأنه وأن كان الاتفاق بشأن الحضانة المصاحب لانفصال والدى الطفل قد تم صحيحا وفقا لقانون جنسيتهما المشتركة (الجنسية لمكسيكية) إلا أن أثره فيما يتعلق بعدم إمكان نقل حضانة الطفل إلى غيرهما، يخالف مبدأ من مبادئ النظام العام الدولى فى فرنسا ألا وهو تحقيق مصلحة الطفل الذى قد يقتضى نقل الحضانة إلى غير والدى المحضون.[٢]

٢ - تدابير الحضانة التحفظية :

قد يطلب إلى المحكمة ان تقضى بصفة مستعجلة بتدابير تحفظية أو وقتية لحماية الأطفال كأن تطلب الأم الأمر لها بالحضانة المؤقتة لأطفالها أو بالسماح لها بالسفر بالمحضون للعلاج فما هو القانون واجب التطبيق على الأمر بتلك التدابير.

"يذهب الفقه والقضاء الغالبين ، فى مصر وفرنسا إلى أن حالة الاستعجال من الفروض التى يتحقق فيها بالضرورة التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى المنازعات

---

(١) A. Shapira: Op. Cit., P. 148.

(٢) Trib. Gr. Inst. Seine, 13 juin 1960, Cluent, P. 750. Note Berdin.

ذات العنصر الأجنبي . فإذا كان الاستعجال يعد من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، حتى ولو لم تكن مختصة بنظر الدعوى الأصلية ، فهو كذلك من ضوابط الإسناد لصالح قانون القاضي. حيث يطبق القاضي قانونه مباشرة على الأمر بالتدبير التحفظي أو الوقتي المطلوب دون نظر إلى ما إذا كانت هناك قوانين أخرى تبدى قابليتها لحكم المسألة".[١]

أما في قضاء المحاكم فعلى الرغم من لمحكمة النقض الفرنسية حكم قديم سنة ١٩٢٦[٢] تساوى فيه بين التدابير المؤقتة والتدابير النهائية بشأن حضانة الأطفال إلا أن غالب أحكام المحاكم هناك على أن التدابير التحفظية التي تتخذ بشأن حضانة الأطفال أثناء نظر دعوى فسخ أو حل الروابط العائلية ، تخضع للقانون الوطني للقاضي بصرف النظر عن جنسية الخصوم وما اذا كانوا مواطنين أم أجانب[٣].

وبصرف النظر عما اذا كانت المحكمة مختصة بنظر دعوى التطليق أو الانفصال من عدمه أو من حصول الأطراف على حكم بالتطليق أو الانفصال من محاكم أجنبية.

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع ، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧١، ولنفس المؤلف الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٣٣ ومابعدها.

(٢) Cass. Civ. 8 Mars 1926, Cluent, 1926, P. 677. Note n. Nast.

(٣) انظر مثلا أحكام المحاكم الفرنسية بشأن :

DeBari, Cluent, 1918, P. 714, Eimolleff C. Popoff, Rev. Crt. Dr. int. pr. 1958, P. 751.

Moine, Rev. Crit. dr. Int. Pr. 1960, P. 256, note Loussouran,

وانظر :

L. Topor. Op. Cit., P. 246

ورغم استقرار هذه القاعدة إلا أن هناك خلافات واسعة بين الفقهاء والمحاكم فى تأسيس ذلك الاختصاص ، وهو ما يمكن رده إلى اتجاهين رئيسيين :

الاتجاه الأول : التطبيق الاستثنائى لقانون القاضى :

اتجه البعض إلى أن تبرير اختصاص قانون القاضى بالتدابير التحفظية والوقتية للحضانة يكمن فى فكرة النظام العام. فالأصل أن هذه المسائل مما يخضع للقانون واجب التطبيق على موضوع الحضانة ، إلا أنه اذا لم يتضمن هذا القانون النص على حق القضاء فى متابعة ورقابة ما يحقق صالح الأطفال القصر، ويجنبهم تعسف الوالدين فى استخدام السلطة التى تخولهم إياها الولاية ، فأن مثل هذا القانون يجب استبعاده لمخالفته للنظام العام وتطبيق القانون الوطنى للقاضى لما له من اختصاص احتياطى فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى(١).

الاتجاه الثانى : التطبيق العادى لقانون القاضى :

اتجه البعض الآخر إلى أن على القاضى أن يطبق قانونه مباشرة على التدبير التحفظى المطلوب بدون حاجة للرجوع إلى القانون الشخصى للأطراف أو إلى القانون واجب التطبيق على موضوع الحضانة :

---

(١) انظر G. Marty: Op. Cit., P. 350
وحكم محكمة استئناف باريس فى ١٣ يوليو ١٩٥١ منشور فى :
La Semaine Juridique 1952, II, 6975.

١- باعتبار تعلق تدابير الحضانة بالإجراءات والمرافعات التى تخضع لزوما لقانون القاضى[١].

بصرف النظر عن جنسية أطراف النزاع وبصرف النظر عن القانون الذى يحكم موضوع الدعوى[٢]. إذ لهذا القانون وحده تحديد سلطات القاضى فى الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية للحضانة التى هى جزء من سلطاته فى الفصل فى موضوع الدعوى .

٢ - باعتبار تعلق تدابير الحضانة بمسائل البوليس والأمن المدنى:

انتقد البعض القول بتعلق هذه التدابير التحفظية بإجراءات نظر الدعوى الأصلية إذ أن هذا القول يخلو من أى معنى إذا ما كانت الدعوى الموضوعية منظورة أمام قضاء دولة أخرى غير تلك التى يطلب من قضاءها الأمر بتدبير تحفظى أو مؤقت. ومن ثم أرجع تطبيق القاضى لقانونه إلى تعلق هذا التدابير بمسائل البوليس والأمن المدنى والنظام الاجتماعى[٣]، ذلك أن المشرع يعمل على كفالة الحماية اللازمة للأطفال بصرف النظر عن

---

(١) B. Bartin : Principes de droit itnernational Privè, paris, 1894, T.I., P. 423.

H. Degand: Divorce et sepration de corps, in rRepertoire a la-pradelle- Niboyet, T. V, P. 558 et s.

وفى استخدام المحاكم الفرنسية للفكرة ، انظر حكم محكمة استئناف باريس فى ١٩٥٢/٤/٤ منشور فى :

Rev. Crit. Dr. int. pr. 1952, P. 739 note Hollequx.

(٢) انظر حكم محكمة استئناف باريس فى ١٩٥٤/١٠/٢٦ منشور فى :

Recueil Dalloz, 1955, J. 118.

(٣) J. Niboyet, Traitè de droit Op. Cit., P. 433.

العلاقة بين الأزواج أو الوالدين بصفة عامة[١] وهو ما يبرر اختصاص المحكمة بالأمر بتدابير الحضانة التحفظية على الرغم من قضاءها بعدم اختصاصها بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو الانفصال بين الزوجين الأجنبيين [٢].

رأينا فى تحديد الأساس القانونى لتطبيق قانون القاضى فى الأمر بتدابير الحضانة التحفظية :

الواقع أنه وأن كانت القاعدة التى تجعل الاختصاص للسلطة القضائية فى اتخاذ التدبير التحفظى بشأن الحضانة هى جزء من القواعد التى تجعل الاختصاص للمحكمة للفصل فى التنظيم النهائى للحضانة والتى هى فى النهاية من القواعد الاجرائية التى يضعها المشرع فى كل دولة لتنظيم مرفق القضاء وتتسم بالطابع الوطنى الآمر، بمعنى وجوب الرجوع إليها من كل من يقيم على إقليم الدولة ويرغب فى اللجوء إلى سلطاتها القضائية. إلا أن الأصل الذى يجب أن يرجع إليه القاضى فى تحديد التدبير التحفظى بشأن الحضانة هو القانون الذى ينظم المسائل الموضوعية للحضانة، إذ أن هذا القانون هو الذى يحدد من له ولاية الحضانة فضلا عن أنه ليس من المصلحة أن يتم نقل الطفل من أحد الوالدين إلى الآخر وبالتالى نقل موطنه ومكان دراسته

---

(١) اتجهت بعض المحاكم إلى ابتناء تطبيق قانون القاضى على فكرة القانون الطبيعى ومبادئ العدالة . انظر حكم محكمة باريس سنة ١٩٠٧ .
Paris 12 Juin 1907, Cluent, 1908, P. 148.

(٢) انطر حكم محكمة باريس فى ١٧ مارس ١٩٠٢ منشور فى Cluent, 1903 P. 342 وحكمها فى ٢١ يونيو ١٩١٠ منشور فى Cluent, 1903 P. 342 . وكذلك دائرة قبول العرائض فى محكمة النقض:
La chambre des requetes 26 dec. 1917, Cluent, 1918, P. 714.

وإحداث تغيير فى الظروف الاجتماعية المحيطة به[1].

ومع ذلك فان لقانون القاضى الاختصاص بحكم هذه المسألة بصفة استثنائية ومؤقتة لا على أساس من فكرة النظام العام التى تجعل له اختصاصاً احتياطيا للتطبيق على نحو ما ذهب البعض[2] فى الفقه الفرنسى وإنما على أساس آخر نميل إلى ترجيحه هو القول بفكرة الكفاية الذاتية للاستعجال[3]، باعتبار أن ظروف الاستعجال تقتضى إيجاد حل سريع لا يحتمل الانتظار حتى يقوم القاضى بالعمليات الفنية اللازمة للتوصل إلى القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وتحديد ما اذا كان مخالفا للنظام العام من عدمه، وعلى ذلك فإذا كان القانون واجب التطبيق على موضوع الحضانة معروفا للقاضى وغير مخالف للنظام العام تعين عليه تطبيقه دون قانونه الوطنى الذى لا ينعقد له الاختصاص الا على سبيل الاستثناء والاحتياط[4].

---

(١) وهو ما جعل المشرع الفرنسى يوجه القاضى بالمادة ٦/٢٨٣ من القانون المدنى إلى وجوب الرجوع إلى المتخصصين قبل اتخاذ قراره بشأن تدبير الحضانة التحفظى . انظر :

L. Topor: Op. Cit., P/ 253.

P. Hebraud : Observations sur le domain de La procèdure et le domenine du fond du droit á propos des conflits de ais en matiere de divorce, Rev. Trim. Dr. Civ. 1955, P. 155 spec. P. 156.

(٢) L. Topor: Op. Cit., P 254.

(٣) رأى أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم بشأن تحديد القانون واجب التطبيق فى حالة الاستعجال. انظر مؤلف سيادته علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق ص ٥٧٢ - ٥٧٤ ، وكذلك الاستعجال ص ٢٧٥ ومابعدها وص ٣١٤ ومابعدها وص ٣٣١ ومابعدها.

(٤) انظر رأى :

H, Batiffol : Traitè elementaire de droit international privè, Paris, 1967. P. 500 note (84).

المبحث الثانى
النسب

لاشك فى أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق لتحديد قواعد ثبوت النسب وطبيعة القرابة المدعى بها ، وطرق الإثبات التى تجوز فى هذا الموضوع والآثار التى تترتب على هذا الثبوت .

ولما كانت هذه المسائل تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصى لواحد من أطرافها، الوالد المراد الانتساب إليه أو الصغير المراد إثبات نسبه. وهو ما تختلف فيه القوانين اختلافا كبيرا وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو أديان مختلفة أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة واليوم الذى ترفع فيه الدعوى بخصوص البنوة أو الأبوة.

ورغم هذه الصعوبات والأهمية الكبيرة التى لهذه المسألة إلا أن المشرع المصرى لم يُضمن القانون المدنى قاعدة إسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق على البنوة . وهو ما كان محل انتقاد إذ "كان يجدر بالمشرع أن يضع قاعدة لحل تنازع القوانين حتى لا يدع مجالا لاختلاف الفقه وتردد القضاء ، لاسيما وأنه قد عالج القانون واجب التطبيق على مسائل الزواج مع أنه لا وجود للبنوة بغير الزواج"[١].

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٨ . والحقيقة أن المشرع سار على ما كان عليه الأمر قبل صدور القانون المدنى الحالى حيث كان الأمر متروك للقاضى فى محاكم الأحوال الشخصية. أنظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق ، ص ٥٢٢.

ويفرق الفقهاء [١] بين البنوة الشرعية وغيرها:

أولا : البنوة الشرعية:

ويقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد.لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا .

ولا تظهر مشكلة إذا اتحدت جنسية الصغير المراد إثبات نسبه مع جنسية من يراد إثبات الانتساب إليه من الوالدين ، اذ لا جدال فى أن القانون واجب التطبيق فى هذه الحالة هو قانون جنسيتهما المشتركة. غير أن المشكلة تظهر إذا اختلفت جنسية كل منهما وهنا نحتاج إلى تفضيل قانون على آخر.

وإذ لا يوجد نص نرى أن نعرض للاتجاهات التشريعية والفقهية:

إذ بينما نظمت بعض التشريعات هذه المسألة بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الابن بصرف النظر عن جنسية الوالد المراد الانتساب إليه[٢]. باعتبار أن البنوة صفة فى الشخص وتشكل جزءا من حالته ، علاوة على أنه الطرف الضعيف فى العلاقة.

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، والدكتور فؤاد رياض، تنازع القوانين ، ط ١٩٩٤ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٥ ، والدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٧١ .

(٢) من ذلك القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر سنة ١٩٦٣ والقانون الدولى الخاص البولونى الصادر سنة ١٩٦٥ انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين فى التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية. مصر المعاصر يوليو ١٩٧١ بند ٢٨ ، وراجع المادة ٢١ من القانون الدولى الخاص الذى كان ساريا فى المانيا الشرقية منذ ١٩٧٥/١٢/٥، والمادة ١/٤٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩.

رجحت تشريعات أخرى النص على تطبيق القانون الأصلح لمصلحة الابن [١].

وعلى خلاف الاتجاه التشريعى الأخير ذهب البعض إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه سواء كان الأب أو الأم[٢]. وعلل رأيه بأن لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، والقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ قد تضمنا النص على أن المسائل المتعلقة بالبنوة يطبق بشأنها قانون جنسية الأب[٣].

هذا بالاضافة إلى أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى كان قد تضمن النص على ذات القاعدة[٤]. وأخيرا فقد نصت المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات - الملغى - الصادر سنة ١٩٤٩ على أن "ترفع الدعوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى نص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع فى إثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور". وهو قول منتقد ذلك أن نص المادة ١/٩٠٥ المشار إليها إنما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات دون الموضوع وما نص المشرع عليها إلا لأنها تضمنت خروجا

---

(١) مثل المادة ٢١ من القانون الدولى الخاص النمساوى السارى منذ أول يناير ١٩٧٩.

(٢) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣٦.

(٣) أنظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولى الخاص ، ص ٤٠٨.

(٤) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

على القاعدة العامة بالنسبة للإجراءات والتى تقضى بخضوع الإجراءات لقانون القاضى.

ومع ذلك فإننا نرجح القول بأن القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن أن يكون قانون جنسية الأب وقت الزواج باعتبار أن النسب الشرعى لا يتصور فيه الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر لمجرد أن الدعوى رفعت ضد واحد فقط منهما[١]. فالنسب الشرعى لا يخرج عن أن يكون أثرا من آثار الزواج ومن ثم يخضع للقاعدة التى تضمنتها المادة ١/١٣ من القانون المدنى.[٢]

ثانيا : البنوة غير الشرعية أو الطبيعية :

وهى تلك التى تنشأ عن علاقة غير مشروعة بين الوالدين. وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو فى ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر فأن الأمر غير ذلك بشأن البنوة الطبيعية إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر .

وقد اختلف الفقه والقضاء فى تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية :

إذ ذهب فريق منهم إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الولد[٣]

---

(١) انظر المرجع السابق ، ص ٢٤٩.

(٢) وهو رأى الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ص ٢٧٨ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٣٢٤ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، الجزء الأول ص ٢٦٠-٢٦١ بشأن المادة ٣١ من مشروع القانون المدنى.

(٣) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٢٦١-٢٦٧ فيما يتعلق بالمادة ٣٢ من مشروع القانون

وسندهم فى ذلك اعتبارين :

الأول: أن الأمر يتعلق بحماية الولد واثبات مدى حقه فى النفقة اللازمة لاستمرار حياته.

والثانى : أن البنوة الطبيعية تتصل بحالة الولد والقاعدة أن القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص هو قانون جنسيته .

وعلى العكس ذهب فريق آخر إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الوالد المراد إثبات الانتساب إليه لاعتبارين مهمين :

الأول: أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولا وأخيرا هو ربط الولد بوالده قانونا ، مما يرتب عدة التزامات على عاتق الوالد أهمها التزامه بالنفقة على الولد.

والثانى : أن الأمر هنا يتعلق بحالة الوالد الذى سيوصف بوصف الأب مع ما يترتب على ذلك من آثار، وهو ما يقتضى تطبيق قانون جنسية هذا الأخير(١). "إذ ليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص اذا كان قانونه الشخصى لا يوافق على هذا التغيير".(٢)

ثالثا : بنوة التبنى :

التبنى هو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب ، أو

---

(١) انظر نيبوابيه ، المرجع السابق ، بند ٥٨٢ وباتيفول ، المرجع السابق ، ط ١٩٦٧ بند ٤٦١ ، وفى الفقه المصرى أنظر الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ ، والدكتور فؤاد رياض ، أصول .... ص ٢٤٢ و ٢٤٥.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، وانظر الدكتور هشام صادق ، ص ٥٧٩ ، وانظر رأى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن فى مؤلفه تنازع القوانين ، ط ١٩٥٦ بند ١٢٥ حيث يؤسس الرأى المشار إليه بالمتن على سند من المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات ، انظر بند ١٢٥.

استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولداً وليس بولد حقيقى .

فالتبنى تصرف قانونى منشئ لنسب يختلف فى أحكامه عن النسب الحقيقى ، إذ لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التى تترتب على الإقرار بالنسب ، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون ، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية(١). وقد أبطل الحق سبحانه نظام التبنى(٢) ، صيانة لحقوق الأولاد ، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالناس من تزييف الحقائق ، إلا أن التبنى ما يزال نظاماً معروفاً فى الدول غير الإسلامية(٣).

ولم يبين المشرع المصرى ضابطا للإسناد فى هذه الحالة أيضا مما أدى إلى الاختلاف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بصحة التبنى وآثاره(٤).

وقد كانت المادة ٣٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن "يسرى قانون كل من المتبنى والمتبنى على المسائل

---

(١) يختلف التبنى عن الإقرار بالبنوة ، لأن الاقرار اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول ، ويثبت منه للولد شرعا جميع أحكام البنوة . أنظر فى تفصيل ذلك الدكتور بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (الزواج والطلاق) ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٣٨٦هـ ، ص ٥٨٣ ومابعدها.

(٢) انظر سورة الأحزاب ، الأيتان ٤ ، ٥ .

(٣) انظر حسن الاشمونى ومحمد عبد الكريم ، القضاء فى تشريعات الاحوال الشخصية للأجانب ، ص ٢١٨ ، والأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية للشيخ عبد الكريم رضا الحلبى ، ص ٩١.

(٤) رغم أن المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو لعام ١٩٣٧ - والتى تعد المصدر الرئيسى لقواعد تنازع القوانين التى تضمنها القانون المدنى الحالى - كانت تنص على أن "يرجع فى المسائل المتعلقة بصحة التبنى إلى قانون بلد المتبنى، وفى المسائل المتعلقة بآثار التبنى إلى قانون بلد المتبنى .

الخاصة بصحة التبنى . أما الآثار التى تترتب على التبنى فيسرى عليها قانون المتبنى".

وكان قد ورد بالمذكرة الإيضاحية فى تبرير هذا النص أنه ".... قد روعى فى ذلك أن التبنى تصرف من نوع خاص فيجب أن ينعقد صحيحا وفقا لقانون كل من الطرفين .... بيد أن آثار التبنى لا يمكن أن تخضع إلا لقانون واحد وقد آثر المشروع قانون المتبنى".

غير أن هذا النص لم ير النور إذ حذفته لجنة المراجعة بمجلس الشيوخ مبررة هذا بأن هذه المادة "تعالج نظاماً لا يعرفه القانون المصرى"..... وأن اللجنة راعت فى ذلك "أن القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص تغنى عند التطبيق عن إيراد مثل هذه المادة".(١)

وقد انتقد الفقه هذا الموقف السلبى من المشرع إذ أن التبرير الذى قدمته اللجنة تبرير غير مستساغ، ذلك أنها سبق وأن وافقت على قاعدة الإسناد الخاصة بالنظام المالى للزواج رغم أنه نظام غير معروف فى القانون المصرى ، فضلا عن أن أساس وضع قواعد الإسناد يقوم على اختلاف الأنظمة فى القوانين المختلفة(٢). هذا علاوة على أن القول بأن القانون المصرى لا يعرف نظام التبنى ، قول فيه تجاوز ، حيث أن بعض الطوائف الدينية المصرية غير الإسلامية ، تعرف ذلك النظام ، كالشريعة

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء أول ، ص ٢٦٦ ومابعدها .

(٢) انظر الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ص ٣٩٣ هامش (٢). والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

الأرثوذكسية [١].

ويتجه رأى فى الفقه المصرى إلى وجوب إعمال حكم المادة ٣٤ المشار إليها فيما يتعلق بنشأة التبنى، لاسيما وأن المشرع عاد فنظم إجراءات التبنى بنص المادة ٩١١ من قانون المرافعات، التى تلزم رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحد الطرفين بالتحقق من توفر الشروط والأحكام التى ينص عليها قانونا بلد الشخص الذى يريد التبنى وبلد الشخص المراد تبنيه[٢].

أما الشروط الشكلية اللازمة لصحة التبنى، باعتباره تصرف قانونيا، فهى تخضع لنص المادة ٢٠ من القانون المدنى التى تتضمن القاعدة العامة لتنازع القوانين فيما يتعلق بشكل التصرفات القانونية[٣].

أما فيما يتعلق بآثار التبنى فقد اختلفت الآراء بشأنها:

فذهب البعض إلى ترجيح إخضاع آثار التبنى لقانون كل من الطرفين أسوة بشروط نشأته[٤]. بينما ذهب آخرون إلى ترجيح تطبيق قانون واحد فقط على هذه الآثار أسوة بآثار الزواج، إلا أنهم اختلفوا ما بين مرجح لتطبيق قانون الطفل المتبنى باعتبار أن

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع ....، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠٢.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٣، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٠٢.

(٣) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٣٢، والدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٤٤، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٣.

(٤) انظر الدكتور جابر جاد، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

التبنى يمس حالته الشخصية أكثر مما يمس حالة من يتبناه[١]. وما بين مرجح لتطبيق قانون الشخص المتبنى باعتباره رب الأسرة وتمشيا مع ما أستقر عليه الفقه الراجح بشأن النسب الشرعى[٢].

ونحن نتفق مع هذا الرأى الأخير نظرا لأنه يؤدى إلى توحيد الحلول، فضلا عن أن المتقدم للتبنى هو الشخص الذى يبدى رغبته فى التبنى وبالتحمل بتبعات ذلك، ولاشك فى أن لذلك أثره على حالته الشخصية وهو ما يحتاج معه لتحديد حدود التزاماته ومسئوليته وفقا للقانون الذى يفترض أنه أكثر دراية به ، وهو قانونه الشخصى.

النظام العام ونظام التبنى:

اتجه القضاء المصرى يؤيده فى ذلك جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز الاعتراف بنظام التبنى فى مصر ولو كان هذا النظام مقرراً بمقتضى قانون كل من الطرفين ، مادام أن كلاهما أو أحدهما يدين بالإسلام[٣].

---

(١) الدكتور كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٣٢ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٢، والأحكام التى ذكرها بهامش الصفحة ذاتها.

(٣) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية فى ٣١ مارس ١٩٥٣ حيث قضت برفض طلب التبنى استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التبنى . مشار اليه فى مؤلف الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق، ص ٤٠٤ هامش ٣ ، وأنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٦ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩٠٩.

المبحث الثالث
النفقـــات

لا تجب النفقة فى الشريعة الإسلامية إلا بأسباب ثلاثة هى: الزوجية، والقرابة ، والملك . أما نفقة الزوجية فمكانها الحقوق المالية للزوجة وقد عرضنا لها من قبل، وأما الملك فقد انتهى باتفاقات ومعاهدات إلغاء الرقيق، أما نفقة الأقارب فغايتها وصل ما أمر الله به أن يوصل حتى لا تنقطع الروابط الطبيعية، وصلات الدم بين الأصول والفروع أو بين الحواشى من ذوى الأرحام .

وإذا كانت نفقة الزوجية أساسها الاحتباس والتمكين فهى تجب للزوجة غنية أو فقيرة ، وتجب لكل زوجة ، فأن نفقة الأقارب[١] تجب فى الغالب الأعم لمن لا مال له[٢].

ويعتبر الألتزام بالنفقة فيما بين الأقارب ، بالنسب أو بالمصاهرة، من مسائل الأحوال الشخصية. إذ ورد النص عليها بالمادة ١٣ من قانون نظام القضاء لعام ١٩٤٩ . ووفق هذا التكييف تخضع نفقة الأقارب للقانون الشخصى أى قانون الدولة

---

(١) القرابة نوعان : قرابة الولادة وهى تستوعب كل من كان داخلا فى عمود النسب أصلا أو فرعا، وقرابة غير الولادة وهى ما لا تدخل فى عمود النسب ولها صورتان . الصورة الأولى القرابة المحرمة وهى التى تعد من موانع الزواج كالأخوة والعمومة ، وقرابة غير محرمة وهى التى لا تحرم الزواج كقرابة بنى الأعمام والأخوال . انظر فى تفصيلات ذلك وفقه المذاهب فى تحديد شروط ثبوت النفقة الدكتور محمد كمال أمام ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية وقانونية - أحكام الطلاق - حقوق الأولاد - نفقة الأقارب ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ط ١٩٩٧ ، ص ١٩٨ ومابعدها.

(٢) فى ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة ، راجع الشيخ عبد الحكيم محمد، حقوق الأسرة، ط أولى سنة ١٩١٤ ص ٢٣٨ ومابعدها ، وابن عابدين ، رد المحتار ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ١٩٩٤، الجزء الخامس ، ص ٣٥٦.

التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته .

وتنص المادة ١٥ من القانون المدنى المصرى على أن "يسرى على الألتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها".

وواضح من النص أن المشرع قد حسم الخلاف حول ما إذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون من يطلب منه الأنفاق أم هو قانون المستحق للنفقة[١]. إذ اخذ بضابط إسناد هو جنسية المدين بالنفقة[٢].

ويلاحظ بعض الفقهاء على هذا النص:

١ - أن اصطلاح "قانون المدين" معيب ، لأنه يفترض مسبقا أن شخصاً معيناً مدين بالنفقة ، فى حين أنه لا يمكن القطع بالمديونية إلا بعد الرجوع إلى قانون جنسية هذا الشخص . ومن ثم "يتعين تفسير اصطلاح قانون المدين بالنفقة على أنه قانون جنسية المُطالب بالنفقة"[٣].

٢ - أن واضعى التشريع لم يحالفهم التوفيق فيما ذهبوا إليه وكان أولى بهم أن يأخذوا بقانون بلد الإقامة العادية للدائن بالنفقة باعتباره قانون البلد الذى يعيش وينفق فيه، وباعتبار أن الدائن بالنفقة هو الأولى بالرعاية والحماية ، خاصة وأن المشرع نفسه قد جعل الاختصاص القضائى الدولى لمحكمة موطن أو محل إقامة

---

(١) فى هذا الخلاف انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩١٢-٩١٣.

(٢) أخذا من المادة ٥/٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة ومسايرا الاتجاه الذى أخذ به القانون الدولى الخاص الصادر فى تركيا (المادة ٢١) والقانون المدنى السورى (المادة ١٦) والقانون المدنى الكويتى (المادة ٤٥).

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣٩ ، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٧.

الدائن بالنفقة[١].

ورغم وجاهة هذا الانتقاد الأخير إلا أننا نميل إلى مانحا إليه المشرع، ذلك أن دين النفقة هو التزام فى عنق المدين بها ومن حق هذا الأخير أن يكون على علم مقدما بحدود التزاماته المحتملة ، علاوة على أن هذه هى نفس القاعدة التى تطبق بشأن النفقة التى تترتب فى حق الزوج بالنسبة لزوجته.

فضلا عن أن نطاق تطبيق قاعدة الإسناد التى تضمنتها المادة ١٥ المشار إليها لا يقتصر على الأقارب بالنسب، بل تمتد وفقا للرأى الراجح إلى الأقارب بالمصاهرة[٢].

٣ - ويلاحظ أخيرا على هذا النص انه لا يتعلق بهذه النوعيات من النفقة:

أ - نفقة الزوجية : التى تظل تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج باعتبارها من آثار الزواج .

ب - نفقة الطلاق : التى تستحق للزوجة بعد طلاقها أو تطليقها أو انفصالها إذ تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال باعتبارها أثراً من آثار انقضاء العلاقة الزوجية.

---

(١) رأى الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩١٦ ، اتباعا لما أخذ به القانون الالمانى الصادر سنة ١٩٨٦ فى المادة ١/١٨ والقانون المدنى الاسبانى الصادر عام ١٩٧٤ فى المادة ٧/٩ . واتفاقية لاهاى حول القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة المبرمة فى ٢ أكتوبر ١٩٧٣.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ص ١٣٣ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٥، بند ١٠٨ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٥٨٨- ٥٨٩ بند ١٥٨ .

ج - النفقة الوقتية : التى تخضع لقانون القاضى باعتبارها من الإجراءات[١] وفقا لرأى بعض الفقهاء أو لقانون جنسية الزوج باعتبارها أثرا من آثار الزواج وفقا لما نرجحه مع البعض الآخر.

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، اصول المرافعات الدولية المدنية، ط ١٩٨٤ ، بند ١٤٩ ومابعده.

الفصل الرابع
المواريث والوصايا

بوفاة الإنسان تنتقل تركته إلى من يخلفه. ويعرف فقهاء المذهب الحنفى التركة بأنها " ما يتركه الميت من الأموال مطلقا"[(١)]. كما يفرقون بين نوعين من الخلافة فى المال بحسب سببها. إذ قد يكون سببها القانون ، وهو ما يطلق عليه "الميراث القانونى" ، وقد يكون سببها أو مصدرها تصرف قانونى أو اتفاقى وهو ما يعرف "بالميراث الايصائى" أو "الوصية".[(٢)]

فإذا عرض على القاضى نزاع بشأن تركة ما، اختص قانونه ببيان معنى "الميراث" ومعنى الوصية، إذ أن الأمر هنا من التكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد. وإن كانت تلك مسألة قليلة الأهمية حيث يغلب أن يضع المشرع للميراث والوصية (من حيث الشروط الموضوعية) قاعدة إسناد واحدة. وهو ما اتبعه المشرع المصرى حين قرر بالمادة ١/١٧ من القانون المدنى أنه "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته".

(١) يقول ابن حزم فى ذلك "إن الله أوجب الميراث فيما يخلفه الإنسان بعد موته من مال لا فيما ليس بمال، وأما الحقوق فلا يورث منها إلا ما كان تابعا للمال أو فى معنى المال، مثل حقوق الارتفاق والتعلى وحق البقاء فى الأرض المختارة للبناء والغرس وهى عند المالكية والشافعية والحنابلة تشمل جميع ما يتركه الميت من أموال وحقوق سواء أكانت الحقوق مالية أم غير مالية". انظر فى تفصيل ذلك الشيخ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، ص ٤٩٩.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٦ ، بند ١٠١٠ وهامش (٤) بنفس الصفحة.

وهو ما نتولى معالجته فى مبحثين مستقلين فيمايلى :

المبحث الأول

الميراث[١]

الميراث هو التركة التى خلفها الميت وورثها غيره، فالميت مورث، وذلك الغير وارث والتركة موروثة، وتلك الثلاثة أركانه. والإرث من أسباب نقل الملكية فتنتقل الأموال والحقوق المالية من المورث بعد موته إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت، إذا تحققت أسباب الميراث وشروطه[٢] وانتفت موانعه.

وقد اختلفت النظم القانونية فى تكييفها لطبيعة أيلولة التركة[٣] من المورث إلى الورثة بسبب الموت حيث اعتبرت فى بعضها من مسائل الأحوال العينية - مثل النظام القانونى الفرنسى - تأثرا بنظريات الفقيه "دارجنتريه" ، مما يؤدى إلى توزيع الاختصاص التشريعى بالميراث بين كل من قانون موقع العقار بالنسبة لميراث التركة العقارية[٤]، وقانون آخر موطن للمتوفى بالنسبة للتركة المنقولة .

---

(١) انظر مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل للعلامة أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب ط/٢ سنة ١٣٩٨ هـ ، دار الفكر ، بيروت. ج٦ ص ٤٠٦.

(٢) شروط الميراث: موت المورث وتحقق حياة الوارث بعد موت المورث وعدم وجود مانع من موانع الميراث كالقتل واختلاف الدين.
انظر شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوى تحقيق شعيب الارناؤوط ط ١٤٠٣هـ طبعة المكتب الإسلامى ببيروت، جـ/٨، ص ٣٦٥- ٣٦٦.

(٣) التركة أو الموروث أو الميراث هو المال أو الحق المنقول من الموروث إلى الوارث .

(٤) انظر المادة ٢/٣ من القانون المدنى الفرنسى.

وعلى العكس ذهبت معظم النظم القانونية إلى اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية تأثرا بنظريات الفقهاء "مانشينى" و"سافينى"(١).

وعلى خلاف ذلك اتجه البعض فى الفقه والقضاء الحديث إلى أن الأرث ، ومثله الوصية ليسا من مسائل الحالة الشخصية، إذ أنهما نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية ، بينما الأحوال الشخصية هى نتيجة لوجود الشخص وارتباط العلاقات التى تدخل فى نطاقها به مباشرة . ولا من مسائل الحالة العينية إذ أن ما يدخل فى مضمونهما يختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال، باعتبار أن موضوع الإرث والوصية هو تركة المتوفى منظوراً إليها كمجموعة شائعة – يدخل فيها الأموال المنقولة والعقارية والحقوق المعنوية والسندات المالية بأنواعها فضلا عن الديون التى على الميت وغير ذلك - وليس المال فى التركة منظوراً إليه منفردا. ومن ثم يرى هذا الاتجاه إدخال الإرث والوصية فى فئة قانونية مستقلة(٢).

ويبدو أن المشرع المصرى قد فضل اعتبار مسائل الإرث من مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم وحد القانون الذى تخضع له عناصر التركة، وعين هذا القانون على أساس جنسية المتوفى وليس على أساس موطنه - تمشيا مع السياسة التى انتهجتها من

---

(١) راجع هذه النظريات فى مقدمة الباب الثانى من هذا المؤلف من هذا المؤلف وكذلك الدكتور هشام صادق ص ٦٢٤ والدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع .... ص ٢٢٠ ومابعدها، وكذلك ص ٩٢٩-٩٣٤.

(٢) انظر الدكتور سامى بديع منصور ، القانون الدولى الخاص ، الدار الجامعية، بيروت ، ط ١٩٩٧ ، ص ٢٨٩ ومابعدها ، ويشير إلى حكم استئناف بيروت غ٤ بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٣ - العدل - سنة ١٩٨٩ ص ١٠٠ والدكتور ادمون نعيم : الوجيز فى القانون الدولى الخاص ، ط ١٩٦٣ ، بيروت ، ص ١٧٧.

اعتبار القانون الشخصى هو قانون الجنسية[١] - مع الاعتداد بوقت الموت لبيان القانون الواجب التطبيق . باعتبار أن هذه اللحظة التى يثبت فيها الحق فى الإرث.

نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى :

يدخل فى مجال إعمال قانون جنسية المتوفى مايلى :

١ - بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم[٢] ونصيب كل منهم فى الميراث .

٢ - شروط استحقاق الإرث وهل من الضرورى موت المورث حقيقة، أم يمكن أن يعتد بموته حكما. وهل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة ، أم يكفى تحقق حياته وقت موت المورث حكما؟. وهل يستحق الجنين الميراث وما هى شروط ذلك ؟

٣ - تحديد ما اذا كان الوارث حرا فى قبول الإرث أو التنازل عنه من عدمه، وتحديد موانع الإرث وقواعد الحجب .

---

(١) فى المفاضلة بين قانون الجنسية ، وقانون الموطن ، أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٩٠ ، حيث يرى أن إخضاع الميراث لقانون الجنسية وإن كان يخالف الاتجاهات الحديثة فى الكثير من الدول الأوروبية إلا أن المشرع المصرى ربما بدافع من محاولة تحقيق العدالة رجح قاعدة امتداد القوانين الشخصية للاجنبى.

(٢) لزيادة الفائدة نذكر هنا المستحقون للتركة وترتيبهم حسب قانون المواريث المعمول به فى مصر وهم تسعة طوائف هم : أصحاب الفروض ، والعصبة النسبية ، والرد على ذوى الفروض ، ذوو الأرحام ، والرد على أحد الزوجين، والعصبة السببية ، والمقر له بالنسب على الغير ، والموصى له بجميع المال، وبيت المال . والعصبة هم من يستحقون التركة كلها إذا لم يوجد من أصحاب الفروض أحد، والعصبة النسبية هى الناشئة عن النسب والعصبة السببية هى الناشئة عن النسب والعصبة السببية هى الناشئة عن العتق . أنظر فقه السنة ، المرجع السابق، ص ٥٠٣-٥١٢.

٤ - تحديد الحالات التى يعين فيها مدير للتركة وكيفيته والسلطات التى يتمتع بها.

الميراث والنظام العام :

إذا كان المورث أجنبيا وقت موته، فإن قانون الدولة التى هو من رعاياها، يكون هو القانون الواجب التطبيق على مشكلات ميراث تركته إعمالا لنص المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى. إلا أنه قد يتبين أن قواعد هذا القانون تتعارض مع المبادئ والقيم التى يقوم عليها نظام مجتمع دولة القاضى. وهو ما يتصور أن يقع فى الفروض الآتية:

يمكن القول بصفة عامة بأنه إذا تضمن القانون الأجنبى أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وحرمان الإناث من الإرث[١]، فإن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام.

كما أنه لا خلاف فى اعتبار القانون الأجنبى مخالف للنظام العام إذا كان يجيز الميراث للوارث الذى قتل المورث عمدا، أو يورث الابن الطبيعى من أبيه المسلم أو من أقارب الأب[٢] أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم.[٣]

---

(١) انظر الدكتور حامد سلطان، العوامل التى تعترض قانون الميراث فى التطبيق، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨ص ٤٥٦، والدكتور جابر جاد، تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٦، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٨٠.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، ١٩٦٢ ص ١٤٥ ، والدكتور هشام صادق، موجز القانون الدولى الخاص، الجزء الأول ، ط ١٩٨٦، ص ٢٨٣.

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الطبعة السادسة، جـ٢ بند ١١٢.

فقد قضت محكمة النقض المصرية عام ١٩٧٩ فى دعوى مرفوعة من لبنانية مسيحية ضد ورثة لبنانى مسلم بأن اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الميراث، وجاء فى تسبيب الحكم "ولئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من التقنين المدنى لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرفات وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا ، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام وللآداب فى مصر وفقا لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدنى. لما كان ذلك وكان من الثابت فى مدونات الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبنانى الجنسية، فإن القانون اللبنانى هو المرجع فى تحديد ورثته وذلك فى حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب فى مصر .. لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان من المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين من موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند إليها نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية وبالتالى تدخل فى نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".[١]

---

(١) انظر الحكم فى الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٤٨ أحوال شخصية ، جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ مج الأحكام السنة الثلاثون، ص ٧٢٢ ومابعدها .

كما يعد مخالفا للنظام العام القانون الأجنبى الذى يجيز تمييز الابن الأكبر أو ايثاره بالتركة كلها.(١)

وقد اختلفت الآراء حول حكم الاختلاف بين القانون الأجنبى الواجب التطبيق وبين أحكام القانون المصرى التى تتعلق ببيان الورثة وأنصبتهم، حيث ميز الفقهاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة، أجانب من غير المسلمين: حيث يرى البعض أنه لا يعد القانون الأجنبى مخالفاً للنظام العام، بحسبان ارتباط نظم التركات والمواريث بين الأجانب غير المسلمين بالتنظيم الاجتماعى والاقتصادى للدولة التى ينتمون إليها، وهو تنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى.(٢)

الفرض الثانى: إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة، مسلمين: وهنا اختلف الفقهاء إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: مخالفة القانون الأجنبى للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم لا يعد مخالفة للنظام العام :

يرى فريق من الفقهاء أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون المواريث فى شأن بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم وحالات الحجب لا

---

(١) انظر الدكتور جابر جاد، المرجع السابق ص ٤٣٨، والدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد فى مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢٤ ص ٨٧.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٤٩.

يتوافر معه التعارض مع النظام العام المصرى، ومن ثم فإن المحاكم المصرية تطبق أحكام القانون الأجنبى رغم ذلك الاختلاف. وسندهم فى ذلك:

١ - أن الأمر لا يتعلق بقواعد دينية قطعية، فالشريعة الإسلامية تجيز حرمان بعض الورثة ، أو إنقاص أنصبتهم.

٢ - وأن النظام الاجتماعى المصرى لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لابنه.

٣ - وأنه ليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية فى أن تفرض على البنت نصف نصيب الولد. لاسيما وأن الدفع بالنظام العام وسيلة استثنائية يجب التحفظ فى التوسع فى تطبيقها ، حيث لا يجوز أن يفرض تقدير المشرع المصرى للأنصبة كنموذج للعدالة وإلا انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث ، وإخضاع أنصبة التركة للقانون المصرى فى كل الأحوال.(١)

وقد سبق وأن وجد لهذا الرأى تطبيق فى قضاء محكمة القاهرة الابتدائية فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٢(٢) حيث عرض عليها نزاع بشأن وفاة شخص تركى مسلم عن ابن وبنت ، فرفع الابن دعوى يطالب فيها باستحقاقه نصيب الثلثين من تركة المورث وفقا لقاعدة الميراث فى الشريعة الإسلامية التى تقضى بأن للذكر مثل

---

(١) وهو رأى كل من الدكتور حامد زكى، مواريث الرعايا الأتراك فى مصر، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٨ ص ٦٥٠، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٥ – ١٤٦، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ص ٢٨٤ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع الساق ص ٢٨٠.

(٢) القضية رقم ١٧٧ لسنة ١٩٥١ أحوال شخصية.

حظ الأنثيين، وهى الشريعة الواجبة التطبيق على التركة لأن قواعد القانون التركى تخالف النظام العام فى مصر، ولأن أموال التركة عقارات فى مصر، والعقار يخضع لقانون موقعه وفقا للمادة ١٨ من القانون المدنى المصرى، ولأن معاهدة الإقامة المعقودة بين مصر وتركيا وإن كانت تقضى بتطبيق القانون التركى على مواريث الأتراك إلا أن ذلك مشروط بعدم تعارض أحكامه مع النظام العام فى مصر. ولم تأخذ المحكمة بهذه الوجهة من النظر وقضت بتطبيق القانون التركى على التركة وباستحقاق المدعى لنصف التركة فقط، مستندة إلى :

١ – أن المادة ٨٧٥ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى وهى تقضى بأن تسرى فى شأن التركات أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها، خاصة بالمصريين ولا تهدم قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧ مدنى.

٢ – وأن مجرد الاختلاف فى أنصبة الورثة ما بين القانون الأجنبى والقانون المصرى، لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام فى مصر. والقول بتطبيق القانون المصرى فى حالة توافر هذا الاختلاف من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧ مدنى خاصة أن قواعد الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم أو إيثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية.

٣ – أن المادة ١٨ مدنى خاصة ببيان حكم الميراث كسبب من أسباب الملك فقط.

ويرجع البعض هذا الاتجاه فى تخفيف أثر الدفع بالنظام العام إلى أن الميراث ، ورغم ارتباطه التقليدى فى مصر بفكرة الأحوال الشخصية ، إلا أنه يتصل فى نفس الوقت بالأحوال العينية ونظام الأموال.[١]

الاتجاه الثانى : مخالفة القانون الأجنبى للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم مخالفة للنظام العام:

اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى أنه يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبى متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث فى الشريعة الإسلامية وقانون المواريث المستقاة من القرآن دون تلك المستقاة من مصادر أخرى، ذلك لأن أحكام المواريث الواردة فى القرآن يتقيد بها المسلمون حتما، وعلى الأخص فى دولة دينها الإسلام[٢] ، ولا يستطيع المشرع الوطنى فى هذه الدولة التحلل منها بقانون وضعى لأن النظام العام المصرى فى دائرة الأحوال الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام .

ويفند أصحاب هذا الاتجاه الحجج التى استندت إليها المحكمة فى حكمها سنة ١٩٥٢: ذلك أن الحكم أطلق القول بأن اختلاف الأنصبة ما بين القانون المصرى والأجنبى لا يجعل الثانى مخالفا للنظام العام فى مصر، إذ إن مجرد هذا الاختلاف ذاته يمس مصلحة الجماعة المصرية بوصفها جماعة دولة إسلامية.

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره، فقرة ٢٤٣ ص .

(٢) انظر رأى الدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء .... ، المرجع السابق، ص ٨٨، ويؤيده الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٩٤٩.

لاسيما إذا ما كان التعارض مع حكم من الأحكام المستقاة من القرآن ذاته.

كما أن القول بأن الشريعة الإسلامية ذاتها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص أنصبتهم حجة ليست مقنعة لأن هذا الذى تجيزه الشريعة الإسلامية للشخص إنما تجيزه له بوصفه مالكا، وهو فى حقيقته ليس إجازة له فى هذه التصرفات بل هو تقييد فى حقه المطلق فى الأصل بوصفه مالكا، حماية للورثة ، وهو تقييد ينصرف إلى الخلافة بسبب الموت، التى ترجع إلى تصرف إرادى للمتوفى. أما الخلافة بسبب الموت بحكم القانون، وهذا هو معنى الميراث فى القانون المصرى ، فهى مأخوذة من قواعد الشريعة الإسلامية وقانون الميراث، وإن ما استقى من هذه القواعد من القرآن يتعلق بالنسبة للمسلمين بالنظام العام فى مصر.

ونحن نميل إلى ترجيح هذا الاتجاه لاسيما وأن عدم التسوية بين الذكر والأنثى فى الميراث ثابت بالدليل القطعى فى القرآن الكريم.

وقد انتهت محكمة النقض المصرية فى ٢٧ مايو ١٩٦٤ إلى أن "أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث

والورثة فيها من المسلمين.[١]

حكم التركة الشاغرة:

إذا توفى شخص أجنبى عن غير وارث ، فما هو حكم ما يخلفه من الأموال؟

اتبع المشرع المصرى نفس المنهج الذى يتبع فى مختلف الدول حيث تقضى المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ الصادر سنة ١٩٤٣ بأنه "إذا لم يوجد أى من هؤلاء (أى الورثة ومن فى حكمهم ممن أقر له الميت بنسب على غيره وما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية) آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة".

وتقضى المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ "بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث" بأن "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة فى مصر والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم ....".

وقد فصل المشرع بذلك فى الخلاف الفقهى حول الوصف القانونى لأيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة. إذ استبعد رأى من قالوا بتكييف التركة الشاغرة على "أنها حق أرث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له"[٢] وهو ما كان يؤدى إلى أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة التى ينتمى إليها المورث بجنسيته وقت وفاته.

---

(١) مج أحكام النقض السنة ١٥، العدد الثانى ، ص ٧٢٧.
(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض ، ط ١٩٩٤، مرجع سبق ذكره ص ٢٨٣.

ورجح رأى فقهاء الشريعة الإسلامية[١] وجانب كبير من فقهاء القانون الدولى الخاص[٢] حيث يرون أن أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة لا يتم بطريق الإرث وإنما استنادا إلى حق الدولة فى السيادة على إقليمها ، وهو ما يستدعى بالضرورة أيلولة التركة إلى الدولة التى توجد بها.[٣]

المبحث الثانى
الوصية

الوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته[٤] أو هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت (المادة الأولى من قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦)[٥].

وتحديد ماهية أو طبيعة هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مسألة تكييف ينهض بها القاضى من تلقاء نفسه طبقا لأحكام قانونه دون التقييد بالوصف الذى يخلعه الموصى على

---

(١) انظر فى هذه المسألة الأمام محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ط ١٩٤٩، ص٢٤٣.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٣٥٦ ، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص فقرة ١٣٣، والدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ٢٧٠، وانظر حكم النقض بجلسة ١٩٦٦/٥/١١ مجموعة القواعد التى أقرتها محكمة النقض س١٧ص ١٠٥.

(٣) توضع التركة الشاغرة تحت يد بيت مال المسلمين على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين وللأمين على بيت المال أن يصرفها فى مصارفها الشرعية، وليس ذلك بطريق الإرث بدليل أن هذه التركة قد تكون لمورث غير مسلم ومعلوم أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم .

(٤) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى، دار الكتاب العربى، بيروت، جـ/٧ ، ص ٣٣٣.

(٥) انظر الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المحتار لابن عابدين ، المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ، جـ/٧ ص ٥٦٨ وهو التعريف الوارد.

التصرف[١]. وتشمل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت نوعين من التصرفات نصت عليهما المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدني المصري وهما: التصرف الذى يصدر من المريض مرض الموت بقصد التبرع كما لو باع ما يملكه من عقار أو منقول بثمن يقل كثيرا عن قيمة المبيع. والتصرف الذى يصدر عن الشخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته.

وعلى خلاف القوانين التى تعتبر الوصية من مسائل الأحوال العينية، اتبع المشرع المصرى نفس نهجه بشأن الميراث معتبرا إياها من مسائل الأحوال الشخصية إلا أنه ميز بين القانون واجب التطبيق على شكل الوصية عن ذلك الذى يحكم شروطها الموضوعية وهو ما نفصله فيمايلى.

القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية:

يقصد بالشروط الموضوعية مختلف الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية سواء ما يتعلق بالموصى أو الموصى له أو الموصى به.

وعلى الرغم من وجود نص المادة ١/١٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "يسرى على .... الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون .... الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته" إلا أن هناك خلاف حول نطاق ما يخضع لقانون جنسية الموصى وقت وفاته.

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٥٠.

الوصية والنظام العام:

قد يتعارض القانون الأجنبى واجب التطبيق على موضوع الوصية، أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مع النظام العام فى الدولة التى ينتمى إليها القاضى مما يستوجب استبعاده. كما لو كان يجيز مثلا استحقاق الموصى لـه للوصية ولو كان هو قاتل الموصى أو يمنع الوصية لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية.

ولكن ماذا لو اختلف القدر الجائز الإيصاء به فى القانون الأجنبى عن القانون المصرى؟ هل يعد بذلك مخالفا للنظام العام المصرى؟

يفرق الفقهاء والقضاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين:

يتفق الفقهاء والقضاء على أن الاختلاف فى القدر الجائز الايصاء به لا يعتبر متنافيا مع النظام العام المصرى. إذ قضت محكمة النقض المصرية سنة ١٩٦٧ بأنه "وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ولا يدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين

كما هو الحال فى الدعوى".[١]

ثم عادت وأكدت هذا الاتجاه بحكمها سنة ١٩٧٧ بشأن وصية أبرمها اسبانى أمام القنصلية الاسبانية فى القاهرة لصالح زوجته يوصى فيها بمنفعة أمواله لها طيلة حياتها بشرط ألا تتزوج، وعند عرض النزاع على محكمة النقض المصرية قضت "بأن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة. ولما كانت الوصية بالمنافع جائزة فى الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، فإنه لا يدخل فى نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع ......".[٢]

الفرض الثانى : إذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين :

اختلفت الآراء فى شأن هذه المسألة وهو ما نعرض له فيمايلى:

---

(١) حكم فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق أحوال شخصية ، جلسة ٢٦ يوليو ١٩٦٧ ، منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الرابع من السنة الرابعة عشرة ص ٢١ ومابعدها ، تعليق الدكتور هشام صادق.

(٢) حكم جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧، مج أحكام النقض ، السنة ٢٨ ، الجزء الأول ، ص ٢٧٦ - ٢٨٢.

الرأى الأول : اختلاف القانون الأجنبى عن الشريعة الإسلامية لا يتعارض مع النظام العام :

ذهب البعض إلى أن اختلاف القانون الأجنبى عن أحكام الشريعة الإسلامية التى لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث لا يتعارض مع النظام العام فى مصر ولو تعلق الأمر بالمسلمين باعتبار أن تحديد القدر الذى تجوز الوصية فيه هى مسألة ينظمها القانون الأجنبى المختص وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة، ومن ثم فلا يجوز فرض أحكام القانون المصرى فى شأنها كنموذج للعدالة، فضلا عن ارتباط الوصية بنظام الأموال مما يخفف من حدة تدخل النظام العام بوصفه وسيلة لرعاية حقوق المسلمين فى هذا المجال وخلافا لما عليه الحال فى المسائل التى تمس صميم نظام الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للزواج وأحكام الأسرة. خاصة وأن القول بعكس ذلك سيؤدى إلى إهدار قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧/ مدنى وقصر نطاق تطبيقها على الأجانب غير المسلمين.[١]

الرأى الثانى: اختلاف القانون الأجنبى مع الشريعة الإسلامية يتعارض مع النظام العام :

اتجه الرأى الراجح فى الفقه إلى أن اختلاف القانون الأجنبى مع أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن مما يتعلق بالنظام العام ، أسوة بأحكام قانون المواريث نظرا لأن تحديد القدر الجائز الايصاء به، فيه تقييد لحرية الموصى، حماية لحقوق الورثة

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٨٧ - ٢٨٨ ، والدكتور احمد الجداوى ، فى رسالته السابق الإشارة إليها فقرة ٢٢٤.

ومصلحة الأسرة، على النحو الذى تبينه الأحاديث النبوية الشريفة. حيث يجوز الايصاء فيما زاد على الثلث إلا إذا أجاز الورثة غير ذلك. (المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٤١ لسنة ١٩٤٦).(١)

الموازنة بين الرأيين :

نرى أن نرجح هذا الاتجاه الأخير لاسيما وأن قولهم بعدم فرض النموذج المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية كنموذج وحيد للعدالة فيه محاولة للمساواة بين أحكام الشرع السماوى والتشريع الوضعى فى دولة دينها الإسلام ، وطعن فيما ورد بأحكام هذه الشريعة المنزلة من عند الحكيم الخبير ، فضلا عن أن القول بالرأى الذى نرجحه فيه إهدار لقاعدة الإسناد الواردة بالمادة /١٧ مردود عليه بأن الأصل فى تطبيق القوانين هو تطبيق القانون الوطنى فى دولة القاضى وأن تطبيق القوانين الأجنبية تسامح من المشرع الوطنى مقيد بعدم مخالفة الأسس الجوهرية التى يقوم عليها (المادة ٢٨ من القانون المدنى). هذا فضلا عن أن تطبيق الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين أمر متوقع ولا إخلال فيه بتوقعات الأفراد ولا يخل بحق من الحقوق المكتسبة . إذ الشريعة الإسلامية هى قانون المسلم فى كل زمان ومكان . وأخيرا فلا إهدار لقاعدة الإسناد إذ قد يتفق القانون الأجنبى الواجب التطبيق مع أحكام الشريعة الإسلامية فيطبق سواء بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٢٩١، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٩٦٢.

الفهـــرس

الموضوع | الصفحة